

رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ

وَعَمْدَةُ الْمُفْتِينَ

لِلْإِمَامِ السَّوَوِيِّ

الجزء الرابع

إشـراف
زُهَيْرُ السَّوَوِيِّ

المكتب الإسلامي

حقوق الطبع محفوظة للمكتب الإسلامي
لصاحبه
زهير الشاويش

الطبعة الثالثة

١٤١٢ هـ / ١٩٩١ م

المكتب الإسلامي

بـيروت : ص.ب. : ٣٧٧١ / ١١ - رقيّا : اسلاميا - تلكتس : ٤٠٥٠١ - هاتف : ٤٥٠٦٣٨

دمشق : ص.ب. : ١٣٠٧٩ - هاتف : ١١٦٣٧

عمّان : ص.ب. : ١٨٢٠٦٥ - هاتف : ٦٥٦٦٠٥ - فاكس : ٧٤٨٥٧٤

كتاب السلم

يقال : السلم والسلف ، ولفظة السلف ، تطلق أيضاً على القرض ، ويشترك السلم والقرض في أن كلاهما منها إثبات مال في الذمة بميدول في الحال ، وذكروا في تفسير السلم عبارات متقاربة . منها : أنه عقد على موصوف في الذمة يبدل يعطى عاجلاً . وقيل : إسلام عوض حاضر في موصوف في الذمة . وقيل : إسلام عاجل في عوض لا يجب تمجيله . ثم السلم : بيع ، كما سبق ، ويختص بشروط .

الشرط الاول: تسليم رأس المال في مجلس العقد . فلو تفرقا قبل قبضه ، بطل العقد . ولو تفرقا قبل قبض بعضه ، بطل فيما لم يقبض ، وسقط بقسطه من السلم فيه . والحكم في المقبوض ، كن اشترى شيتين قلف أحدهما قبل القبض . ولا يشترط تعيين رأس المال عند العقد ، بل لو قال : أسلمت اليك ديناراً في ذمتي في كذا ، ثم عين وسلم في المجلس ، جاز ، وكذلك في الصرف لو باع ديناراً بدينار ، أو بدرام في الذمة ، عين وسلم في المجلس . ولو باع طعاماً بطعام في الذمة ، ثم عين وسلم في المجلس ، فوجهان ، أصحهما عند الأصحاب : الجواز . والثاني : المنع ، لأن الوصف فيه يطول بخلاف الصرف . فلو قبض رأس المال ثم أودعه عند المسلم قبل التفرق ، جاز . ولو رده إليه عن دين ، قال أبو العباس الروياني : لا يصح ، لأنه تصرف قبل انبرام ملكه . فإذا تفرقا ، فمن بعض الأصحاب أنه يصح السلم لحصول القبض وانبرام الملك ، ويستأنف إقباضه للدين . ولو كان له في ذمة رجل دراهم ، فقال : أسلمت إليك الدراهم التي لي في ذمتك في كذا ، فإن أسلم مؤجلاً أو حالاً ولم يقبض المسلم فيه قبل التفرق ، فهو

باطل ، وكذا إن أحضره وسلمه في المجلس على الأصح . وأطلق صاحب « التتمة » الوجهين في أن تسليم المسلم فيه في المجلس وهو حال ، هل يغني عن تسليم رأس المال ؟ والأصح: المنع .

فرع

لا يجوز أن يحيل المسلم رأس المال على رجل ، وإن قبضه المسلم إليه من الرجل في المجلس . فلو قال المحتال عليه : سلمه إليه ، ففعل ، لم يكف لصحة السلم ، لأن الإنسان في إزالة ملكه لا يصير وكيلاً لغيره ، لكن يصير المسلم إليه وكيلاً عن المسلم في قبض ذلك . ثم السلم يقتضي قبضاً آخر ، ولا يصح قبضه من نفسه . ولو أحال المسلم إليه رأس المال على المسلم ، فتفرقا قبل التسليم ، بطل العقد وإن جعلنا الحوالة قبضاً ، لأن المعتبر في السلم القبض الحقيقي . ولو أحضر رأس المال ، فقال المسلم إليه : سلمه إليه ، ففعل ، صح ، ويكون المحتال وكيلاً عن المسلم إليه في القبض .

فرع

لو كان رأس المال دراهم في الذمة ، فصالح عنها على مال ، لم يصح وإن قبض ما صالح عليه . ولو كان عبداً فأعتقه المسلم إليه قبل القبض ، لم يصح إن لم يصح إعانة المشتري قبل القبض ، وإلا فوجهان . والفرق أنه لو نفذ ، لكان قبضاً حكماً ، ولا يكفي ذلك في السلم ، فإن صححنا متفرقاً قبل قبضه ، بطل العقد . وإلا فيصح . وفي نفوذ العتق وجهان .

فرع

متى فسخ السلم بسبب يقتضيه ، وكان رأس المال معيناً في ابتداء العقد وهو باقٍ ، رجع المشتري بعينه . وإن كان تالفاً ، رجع إلى بدله ، وهو المثل في المثلي ، والقيمة في غيره . وإن كان موصوفاً في الذمة ، وعين في المجلس وهو باقٍ ، فهل له المطالبة بعينه ، أم للمسلم إليه الإبدال ؟ وجهان ، أصحها : الأول .

فرع

لو وجدنا رأس المال في يد المسلم إليه ، فقال المسلم : أقبضتكم بعد التفريق ، وقال : بل قبله ، وأقام كل واحد بينة على قوله ، فبينة المسلم إليه أولى . حكى ذلك عن ابن سريج .

فرع

إذا كان رأس المال في الذمة ، اشترط معرفة قدره ، وذكر صفته أيضاً إن كان عوضاً . فإن كان معيناً وهو مثلي ، فهل تكفي معاينته ، أم لا بد من ذكر صفته وقدره ، كيلاً في المكيل ، ووزناً في الموزون ، وذرعاً في المذروع ؟ قولان . أظهرهما : الأول . وقيل : إن كانت حالاً ، كفت قطعاً . والمذهب : طرد القولين فيهما . وإن كان متقوماً وضبطت صفاته بالمعاينة ، ففي اشتراط معرفة قيمته طريقان . قطع الأكثرين بعدم الاشتراط ، وهو المذهب . وقيل بطرد القولين ، ولا فرق على القولين بين السلم الحال والمؤجل على المذهب . وقيل : القولان في المؤجل ، فأما الحال ، فتكفي فيه المعاينة قطعاً ، كما في البيع . ثم موضع القولين ، إذا تفرقا

قبل العلم بالقدر ، والقيمة . فلو علما ، ثم تفرقا ، صح بلا خلاف . وبني كثير من الأصحاب على هذين القولين ، أنه هل يجوز أن يحمل رأس المال مالا يجوز السلم فيه ، كالجوهرة ؟ إن قلنا بالأظهر ، جاز ، وإلا فلا . قال الامام : وليس هو على هذا الاطلاق ، بل الجوهرة الثمينة إذا عرفنا قيمتها وبالغا في وصفها ، وجب أن يجوز جعلها رأس مال ، لأن منع السلم فيه سببه عزّة الموجود ، ولا معنى لاشتراط عموم الوجود في رأس المال . وإذا جوزنا السلم ، ورأس المال جزاف ، وانفق فسخ ، وتنازعا في قدره ، فالقول قول السلم إليه ، لأنه غارم .

قلت : إذا كان رأس المال دراهم أو دنانير ، حمل على غالب نقد البلد . فلو استوت ، لم يصح حتى يبين كالثمن في البيع . والله أعلم

الشرط الثاني : كون المسلم فيه ديناً ، فلو استعمل لفظ السلم في العين فقال : أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد ، فليس هذا سلماً . وفي انعقاده يميناً ، قولان . أظهرهما : لا ^(١) لاختلال لفظه . ولو قال : بعتك بلا ثمن ، أو لا ثمن لي عليك ، فقال : اشتريت ، وقبضه ، فهل يكون هبة ؟ فيه مثل هذين القولين ، وهل يكون المقبول مضموناً ؟ وجهان . ولو قال : بعتك هذا ولم يتعرض للثمن أصلاً ، لم يكن تملكاً على المذهب ، والمقبوض مضمون . وقيل : فيه الوجهان . ولو أسلم بلفظ الشراء ، فقال : اشتريت طعاماً أو ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم ، فقال : بعتك ، انعقد . وهل هو سلم اعتباراً بالمعنى ، أم بيع اعتباراً بلفظه ؟ وجهان . أصحهما : الثاني . فعلى هذا ، لا يجب تسليم الدراهم في المجلس ، ويثبت فيه خيار الشرط . وفي جواز الاعتياض عن الثوب قولان ، كما في الثمن . ومنهم ، من قطع بالنع . وإن قلنا : الاعتبار بالمعنى ، وجب تسليم الدراهم في المجلس ، ولم يثبت فيه خيار الشرط ، ولم يحز الاعتياض عن الثوب . ولو قال : اشتريت

(١) أي : لا انعقد ، بل يبطل .

ثوباً صفته كذا في ذمتك بمشرة دراهم في ذمتي ، فإن جعلناه سلماً ، وجب تعيين الدراهم وتسليمها في المجلس . وإن قلنا : بيع ، لم يجب .

فصل

يصح السلم الحال* ، كالمؤجل . فإن صرح بحلول أو تأجيل ، فذاك ، وإن أطلق ، فوجهان . وقيل : قولان ، أصحها عند الجمهور : يصح ويكون حالاً* . والثاني ، لا ينعقد . ولو أطلق العقد ثم ألحقاً به أجلاً في المجلس ، فالنص لحوقه ، وهو المذهب ، ويحيى فيه الخلاف السابق في سائر الالحاقات . ولو صرحاً بالأجل في نفس العقد ، ثم أسقطاه في المجلس ، سقط وصار العقد حالاً* .

فرع

الشرط المفسد للعقد ، إذا حذفه في المجلس ، هل ينحذف وينقلب العقد صحيحاً؟ وجهان . الصحيح الذي عليه الجمهور : لا . وفي وجه : لو حذف الأجل المجهول في المجلس ، انقلب العقد صحيحاً . واختلفوا في جريان هذا الوجه في سائر المفسدات ، كالخيار والرهن الفاسدين وغيرها . قال الامام : الأصح تخصيصه بالأجل . واختلفوا في أن زمن الخيار المشروط ، هل يلحق بالمجلس في حذف الأجل المجهول تقريباً على هذا الوجه الضعيف ؟ والأصح : أنه لا يلحق به .

فصل

إذا أسلم مؤجلاً ، اشترط كونه معلوماً ، فلا يجوز توقيته بما يختلف ، كالخصاد ، وقدم الحاج . ولو قال : إلى العطاء ، لم يصح ، إن أراد وصوله ، فإن أراد وقت

خروجه وقد عين السلطان له وقتاً ، جاز ، بخلاف ما إذا قال : إلى وقت الحصاد
إذ ليس له وقت معين . ولو قال : إلى الشتاء ، أو الصيف ، لم يجوز إلا أن يريد
الوقت . ولنا وجه شاذ قاله ابن خزيمة من أصحابنا : أنه يجوز التوقيت باليسار .

فرع

التوقيت بشهور الفرس والروم جائز كشهور العرب ، لأنها معلومة ، وكذا
التوقيت بالنيروز ، والمهرجان جائز على الصحيح . وفي وجه : لا يصح . قال
الامام : لأنهما يطلقان على الوقتين اللذين تنتهي الشمس فيها إلى أوائل برج الحمل
والميزان ، وقد يتفق ذلك ليلاً ، ثم ينحسب مسير الشمس كل سنة قدر ربع يوم
وليلة . ولو وقت بفصح النصاري ، نص الشافعي رضي الله عنه : أنه لا يصح ،
فقال بعض الأصحاب بظاهره اجتناباً لمواقيت الكفار . وقال جمهور الأصحاب : إن
اختص بمعرفة الكفار ، لم يصح ، لأنه لا اعتماد على قولهم ، وإن عرفه المسلمون ،
جاز كالنيروز . ثم اعتبر جماعة فيها معرفة المتعاقدين . وقال أكثر الأصحاب : يكفي
معرفة الناس . وسواء اعتبرنا معرفتها ، أم لا . فلو عرفا ، كفى على الصحيح . وفي
وجه : يشترط معرفة عدلين من المسلمين سواهما ، لأنهما قد يختلفان ، فلا بد من
مرجع . وفي معنى الفصح سائر أعياد أهل الملل ، كفطير اليهود ونحوه .

قلت : الفصح ، بكسر الفاء وإسكان الصاد والحاء المهملتين ، وهو عيد لهم معروف ،
وهو لفظ عربي . والفطير ، عيد اليهود ، ليس عربياً ، وقد طرد صاحب الحاوي ،

لوجه في الفصح في شهور الفرس وشهور الروم . والله أعلم

فرع

لو وقتا بنفر الحجيج وقيدا بالأول أو الثاني ، جاز . وإن أطلقا ، فوجهان . أحدهما :
لا يصح . والأصح المنصوص : صحته ، ويحمل على النفر الأول لتحقيق الاسم به ،

ويجري الخلاف في التوقيت بشهور ربيع ، أو جمادى ، أو العيد ، ولا يحتاج إلى تعيين السنة إذا حملنا المذكور على الأول . وفي الحاوي ، وجه : أن التوقيت بالنفر الأول ، أو الثاني ، لا يجوز لنفر أهل مكة ، لأن أهل مكة يعرفونه دون غيرهم . وذكر وجيه في التوقيت بيوم القر لأهل مكة ، لأنه لا يعرفه إلا خواصهم . وهذا الذي قاله ضيف ، لأننا إن اعتبرنا علم الماقدين ، فلا فرق ، وإلا فهي مشهورة في كل ناحية عند الفقهاء وغيرهم .

قلت : يوم القر ، بفتح القاف وتشديد الراء ، وهو الحادي عشر من ذي الحجة ، سمي به لأنهم يقرّون فيه بئى ، وينفرون بعده النفيرين ، في الثاني عشر ، والثالث عشر . وهذا الوجه الذي ذكره في الحاوي ، قوي . ودعوى الامام الرافعي رحمه الله شهرته عند غير الفقهاء ومن في معنهم لا تقبل ، بل ربما لا يعرف القر كثير من المتفقيين . والله أعلم

فرع

لو أجلاً إلى سنة أو سنين مطلقة ، حمل على الهلالية . فان قيد بالرومية ، أو الفارسية ، أو الشمسية ، أو المددية . وهي ثلاثمائة وستون يوماً ، تقيد . وكذا مطلق الأشهر محمول على الأشهر الهلالية . ثم إن جرى النقد في أول الشهر ، اعتبر الجميع بالأهلة ، تامة كانت أو ناقصة . وإن جرى بعد مضي بعض الشهر ، عدّ باقيه بالأيام ، واعتبرت الشهور بعده بالأهلة ، ثم يتم المنكسر بثلاثين . وفيه وجه : أنه إذا انكسر شهراً ، اعتبر جميع الشهور بالمدد . وضرب الامام مثلاً للتأجيل بثلاثة أشهر مع الانكسار فقال : عقداً وقد بقي من صفر لحظة ، ونقص الريمان وجمادى ، فيحسب الريمان بالأهلة ، ويضم جمادى إلى اللحظة من صفر ، ويكمل جمادى

الآخرة بيوم إلا لحظة . ثم قال الامام : كنت أودّ أن يكتفى في هذه الصورة بالآشهر الثلاثة ، فانها جرت عريية كوامل . وما تنناه الامام ، هو الذي نقله صاحب « التتمة » وغيره ، وقطعوا بحلول الأجل بانسلاخ جمادى الأولى . قالوا : وإنما يراعى المدد ، إذا عقد في غير اليوم الأخير ، وهذا هو الصواب .

فرع

لو قال : إلى يوم الجمعة ، أو إلى رمضان ، حل بأول جزء منه ، لتحقيق الاسم . وربما يقال : بابتداء ليلة الجمعة ، وابتداء شعبان ، وهما بمعنى ، ولو قال محله : في الجمعة ، أو في رمضان ، فوجهان . أصحها : لا يصح المقد ، لأنه جعل اليوم ظرفاً ، فكأنه قال : في وقت من أوقاته . والثاني : يصح ، ويحمل على الأول . قلت : كذا قاله جمهور الأصحاب . إذا قال في يوم كذا ، أو شهر كذا ، أو سنة كذا ، لا يصح على الأصح ، وسووا بينها ، وحكى الطبري في المدّ وجهاً : أنه يصح في يوم كذا دون الشهر ، وجعل صاحب « الحاوي » هذه الصور على مراتب ، فقال : من الأصحاب من قال : يبطل في السنة دون الشهر ، قال : فأما اليوم ، فالصحيح فيه الجواز لقرب ما بين طرفيه . والأصح المتمد ما قدمناه .

والله أعلم

ولو قال : إلى أول رمضان أو آخره ، بطل ، كذا قاله الأصحاب ، لانه يقع على جميع النصف الاول أو الاخير . قال الامام والبنفوي : ينبغي أن يصح ، ويحمل على الجزء الاول من كل نصف ، كمسألة النفر ، وكاليوم والشهر ، يحمل على أولهما ، وكتعليق الطلاق .

فرع

لو أسلم في جنس إلى أجلين ، أو جنسين إلى أجل ، صح على الاظهر .

الشرط الثالث : القدرة على التسليم ، وهذا الشرط ليس من خواص السلم ، بل يعم كل بيع كما سبق ، وإنما تعتبر القدرة على التسليم عند وجوبه . وذلك في البيع والسلم الحال في الحال ، وفي السلم المؤجل عند المحل . فلو أسلم في منقطع لدى المحل ، كالرطب في الشتاء ، أو فيما يميز وجوده كالصيد حيث يميز ، لم يصح . فلو غلب على الظن وجوده ، لكن لا يحصّله إلا بمشقة عظيمة ، كالمقدر الكثير في الباكورة ، فوجهان . أقربها إلى كلام الأكثرين : البطلان . ولو أسلم في شيء لا يوجد ببلده ويوجد في غيره ، قال الامام : إن كان قريباً منه ، صح ، وإلا فلا ، قال : ولا تعتبر فيه مسافة القصر ، وإنما التقريب فيه أن يقال : إن كان يمتد ثقله إليه في غرض المعاملة ، لا للتحف والمصادرات ، صح السلم ، وإلا فلا . ولو كان السلم فيه عام الوجود عند المحل ، فلا بأس بانقطاعه قبله وبمده . وإن أسلم فيما يعم ، ثم انقطع عند المحل للجائحة ، فقولان . أحدهما : يفسخ العقد . وأظهرهما : لا ، بل يتخير المسلم ، فإن شاء فسخ ، وإن شاء صبر إلى وجوده . ولا فرق في جريان القولين بين أن لا يوجد عند المحل أصلاً ، أو وجد فسوف المسلم إليه حتى انقطع . وقيل : القولان في الحالة الأولى . أما الثانية ، فلا يفسخ فيها قطعاً بحال ، فإن أجاز ثم بدا له ، مُكِّن من الفسخ كزوجة المولى إذا رضيت ثم أرادت المطالبة ، كان لها ذلك .

قلت : هذا هو الصحيح ، وذكر صاحب « التمهيد » في باب التفليس وجهين في أن هذا الخيار على الفور ، أم لا ؟ كالوجهين في خيار من ثبت له الرجوع في المبيع

بالافلاس . والله أعلم

ولو صرح بإسقاط حق الفسخ ، لم يسقط على الأصح . ولو قال المسلم إليه : لا تصبر وخذ رأس مالك ، لم يلزمه على الصحيح . ولو حل الأجل بموت المسلم إليه في أثناء المدة ، والمسلم فيه معدوم ، جرى القولان . وكذا لو كان موجوداً عند الحل وتأخر التسليم لفنية أحد المتعاقدين ، ثم حضر وقد انقطع . ولو انقطع بمض المسلم فيه ، فقد ذكرنا حكمه في باب تفريق الصفقة . ولو أسلم فيما يعم عند الحل ، فمرضت آفة علم بها انقطاع الجنس عن الحل ، فهل ينتجز حكم الانقطاع في الحال ، أم يتأخر إلى الحل ؟ وجهان . أصحابها : الثاني .

فرع

فيما يحصل به الانقطاع

فاذا لم يوجد المسلم فيه أصلاً ، بأن كان ذلك الشيء ينشأ بتلك البلدة ، فأصابه جائحة مستأصلة ، فهذا انقطاع حقيقي . ولو وجد في غير ذلك البلد ، لكن يفسد بنقله ، أو لم يوجد إلا عند قوم امتنعوا من بيعه ، فهو انقطاع . ولو كانوا يبيعونه بضمن غال ، فليس بانقطاع ، بل يجب تحصيله . ولو أمكن نقله ، وجب إن كان قريباً . وفيما يضبط به القرب خلاف ، نقل فيه صاحب التهذيب ، في آخرين وجهين . أصحابها : يجب نقله مما دون مسافة القصر . والثاني : من مسافة لو خرج إليها بكرة أمكنه الرجوع إلى أهله ليلاً . وقال الامام : لا اعتبار لمسافة القصر . فان أمكن النقل على عسر ، فالأصح أنه لا يفسخ قطعاً . وقيل : على القولين .

الشروط الرابع : بيان محل التسليم . في اشتراط بيان مكان تسليم المسلم فيه المؤجل اختلاف نص وطرق للأصحاب . أحدها : فيه قولان مطلقاً . والثاني : إن عقدا في موضع يصلح للتسليم ، لم يشترط التعيين ، وإلا ، اشترط . والثالث :

إن كان لجله مؤنة ، اشترط ، وإلا ، فلا . والرابع : إن لم يصلح الموضع ، اشترط ، وإلا ، فقولان . والخامس : إن لم يكن لجله مؤنة ، لم يشترط ، وإلا ، فقولان . والسادس : إن كان له مؤنة ، اشترط ، وإلا ، فقولان . قال الامام : هذا أصح الطرق ، وهو اختيار القفال . والمذهب الذي يفتى به من هذا كله : وجوب التعيين ، إن لم يكن الموضع صالحاً ، أو كان لجله مؤنة ، وإلا ، فلا ، ومتى شرطنا التعيين ، فتركاه ، بطل العقد . وإن لم نشترطه فعين ، تعين . وعند الإطلاق يحمل على مكان العقد على الصحيح . وفي « التتمة » : إذا لم يكن لجله مؤنة ، سلمه في أي موضع صالح شاء . وحكى وجهها : أنه إذا لم يكن الموضع صالحاً للتسليم ، حمل على أقرب موضع صالح . ولو عين موضعاً فخرّب ، وخرج عن صلاحية التسليم ، فأوجه . أحدها : يتعين ذلك الموضع . والثاني : لا ، والمسلم الخيار . والثالث : يتعين أقرب موضع صالح .

قلت : الثالث ، أقبسها . والله أعلم

وأما السلم الحال ، فلا يشترط فيه التمين ، كالبيع . ويتعين موضع العقد للتسليم ، لكن لو عيناً غيره ، جاز ، بخلاف البيع ، لأن السلم يقبل التأجيل ، فقبل شرطاً يتضمن تأخير التسليم ، والأعيان لا تحتل التأجيل ، فلا تحتل ما يتضمن تأخير التسليم . قال في « التهذيب » : ولا نمي بمكان العقد ذلك الموضع بعينه ، بل تلك الناحية . وحكم الثمن في الذمة ، حكم المسلم فيه . وإن كان معيناً ، فهو كالبيع . قلت : قال في « التتمة » : الثمن في الذمة والأجرة إذا كانت ديناً ، وكذا الصداق ، وعوض الخلع ، والكتابة ، ومال الصلح عن دم العمد ، وكل عوض ملتزم في الذمة ، له حكم السلم الحال ، إن عين للتسليم مكان ، جاز ، وإلا تعين موضع العقد ، لأن كل الأعواض الملتزمة في الذمة تقبل التأجيل كالسلم فيه . والله أعلم

الشروط الخماس : العلم بالمقدار ، والعلم يكون بالكيل ، أو الوزن ، أو الذرع ، أو المد . ويجوز السلم في المكيل وزناً ، وفي الموزون كيلاً إذا تأتى كيلاً . وفي وجه ضئيف : لا يجوز في الموزون كيلاً ، وحمل إمام الحرمين إطلاق الاصحاب . جواز كيل الموزون على ما يمد الكيل في مثله ضابطاً ، حتى لو أسلم في قنات المسك والعنبر ونحوهما كيلاً ، لم يصح . وأما البطيخ ، والقثاء ، والبقول ، والسفرجل ، والرمان ، والباذنجان ، والرمانج (١) ، والبيض ، فالمعتبر فيها الوزن . ويجوز السلم في الجوز واللوز وزناً إذا لم تختلف قشوره غالباً ، ويجوز كيلاً على الأصح ، وكذا الفستق والبندق .

فصل

لا يجوز السلم في البطيخة ، والسفرجلة ، ولا في عدد منها ، لأنه يحتاج إلى ذكر حجمها ووزنها ، وذلك يورث عزة الوجود . وكذا لو أسلم في ثوب وصفه ، وقال : وزنه كذا ، أو في مائة صاع حنطة على أن وزنها كذا ، لا يصح لما ذكرنا . ولو ذكر وزن الخشب مع صفاته المشروطة ، جاز ، لأنه إن زاد ، أمكن نحته . وأما اللبّن ، فيجمع فيه بين العدد والوزن . فيقول : كذا لبنه ، وزن كل واحدة كذا ، لأنه باختياره ، فلا يمز ، ثم الأمر فيها على التقريب .

قلت : هكذا قال أصحابنا الخراسانيون : يشترط في اللبّن الجمع بين العدد والوزن . ولم يعتبر العراقيون أو معظمهم الوزن . ونص الشافعي رضي الله عنه في آخر كتاب السلم من « الأم » ، على أن الوزن فيه مستحب ، لو تركه فلا بأس ، لكن يشترط أن يذكر طوله وعرضه وثخافته ، وأنه من طين معروف . والله أعلم

(١) في « العرب » للجواليقي : الرانج : الجوز الهندي ، كأنه أعجمي .

فرع

لو عين للكيل مالا يعتاد الكيل به ، كالكوز ، بطل السِّلَم . ولو قال في البيع:
بعتك ملء هذا الكوز من هذه الصبرة ، جاز على الأصح ، لعدم الفرر . ولو عين
في البيع أو السلم مكيالاً معتاداً ، لم يفسد العقد على الأصح ، بل يلفو تمينه
كسائر الشروط التي لا غرض فيها . وهل السلم الحال كاللؤلؤ ، أم كالبيع ؟ وجهان .
قطع الشيخ أبو حامد ، بأنه كاللؤلؤ ، لأن الشافعي رضي الله عنه قال : لو أصدقها
ملء هذه الحجرة خلاً ، لم يصح ، لأنها قد تنكسر ، فلا يمكن التسليم ، فكذا هنا .
ولو قال : أسلمت إليك في ثوب كهذا الثوب ، أو مائة صاع حنطة كهذه الحنطة ،
قال المراقبون : لا يصح كمسألة الكوز ، لأن هذه الحنطة والثوب قد يتلفان . وقال
في « التهذيب » : يصح ويقوم مقام الوصف . ولو أسلم في ثوب وصفه ، ثم أسلم في
ثوب آخر بتلك الصيغة ، جاز إن كانا ذاكرين لتلك الأوصاف .

فرع

لو أسلم في حنطة قرية صغيرة بعينها ، أو ثمرة بستان بعينه ، لم يصح . وإن أسلم
في ثمرة ناحية ، أو قرية كبيرة ، نظر ، إن أفاد تنوعاً كمعقلي البصرة ، جاز ،
لأنه مع معقلي بغداد صنف [واحد] ، لكن يختلفان في الأوصاف ، فله غرض في ذلك .
وإن لم يفد تنوعاً ، فوجهان . أحدهما : أنه كتعيين المكيال لعدم الفائدة ، وأصحها :
الصحة ، لأنه لا ينقطع غالباً .

الشروط السادس : معرفة الأوصاف . فذكر أوصاف المسلم فيه في العقد ،
بشرط ، فلا يصح السلم فيما لا تنضبط أوصافه ، أو كانت تنضبط ، فتركا بعض ما يجب

نكره . ثم من الاصحاب من يشترط التعرض للأوصاف التي يختلف بها الغرض ،
منهم من يعتبر الاوصاف التي تختلف بها القيمة ، ومنهم من يجمع بينها ، وليس
شيء منها على إطلاقه ، فان كون العبد قوياً في العمل ، أو ضعيفاً ، أو كاتباً ،
و أمياً ، وما أشبه ذلك ، أوصاف يختلف بها الغرض والقيمة ، ولا يجب التعرض لها .
لنتعذر الضبط أسباب ، منها : الاختلاط ، والمختلطات أربعة أنواع .

الاول : المختلطات المقصودة الأركان ، ولا ينضبط أقدار أخلاطها ، وأوصافها ، كالهريسة ،
معظم المرق ، والحلوى ، والمجونات ، والغالية المركبة من المسك ، والعود ،
العنبر ، والكافور ، والفسى ، فلا يصح السلم فيها ، ولا يجوز في الخفاف ، والنعال
لى الصحيح . والترياق المخلوط كالفالية . فان كان نباتاً واحداً ، أو حجراً ،
جاز السلم فيه . والنبل بعد الخراط ، والعمل عليه لا يجوز السلم فيه ، وقبلها ،
بوز ، والمغازل كالنبال .

الثاني : المختلطات المقصودة الأركان ، التي تنضبط أقدارها وصفاتها ، كثوب
متابي ، والخز المركب من الابرسم ، والوبر ، ويجوز السلم فيها على الصحيح المنصوص
سهولة ضبطها . ويجري الوجهان في الثوب المعمول عليه بالابرة بعد النسيج من غير
نفس الأصل ، كالابرسم على القطن ، والكثان ، فان كان تركيبها بحيث لا تنضبط
كانها ، فهي كالمجونات .

الثالث : المختلطات التي لا يقصد منها إلا الخليط الواحد ، كالخبز فيه الملح ، لكنه غير
نصود في نفسه . وفي السلم فيه وجهان ، أصحها عند الجمهور : لا يصح ، وأصحها عند الامام
الغزالي : الصحة . ويجوز السلم في الجبن ، والأقط ، وخل التمر ، والزبيب ،
لسمك الذي عليه شيء من الملح على الأصح في الجميع ، لحقارة أخلاطها . وأما
دهان الطيبة ، كدهن البنفسج ، والبان ، والورد ، فان خالطها شيء من جرم
غليظ ، لم يجز السلم فيها ، وإن تروح السهم بها واعتصر ، جاز . ولا يجوز في
نفض الذي يخالطه الماء ، نص عليه . وفي التهمة : أن المصل كالخبيض ، لأنه يخالطه الدقيق .

الرابع : المختلطات خلقة ، كالشهد ، والاصح : صحة السلم فيه ، والشمع فيه كنوى التمر . ويجوز في العسل والشمع .

فرع

سبق أن ما يندر وجوده لا يجوز السلم فيه ، والشيء قد يندر من حيث جنسه ، كلحم الصيد في غير موضعه ، وقد يندر باستقصاء الأوصاف لندور اجتماعها ، فلا يجوز السلم في اللآلئ الكبار ، واليواقيت ، والزبرجد ، والمرجان ، ويجوز في اللآلئ الصغار إذا عم وجودها كيلاً ووزناً .

قلت : هذا مخالف لما تقدم في الشرط الخامس عن إمام الحرمين : أن لا يبدأ الكيل فيه ضبطاً ، لا يصح السلم فيه كيلاً ، فكأنه اختار هنا ، ما تقدم من إطلاق الاصحاب . والله أعلم

واختلف في ضبط الصغير ، فقيل : ما يطلب للتداوي ، صغير ، وما طلب للزينة ، كبير . وعن الشيخ أبي محمد : أن ما وزنه سدس دينار ، يجوز السلم فيه ، وإن كان يطلب للترزين . والوجه : أن اعتباره السدس للتقريب .

فرع

لو أسلم في جارية وولدها ، أو اختها ، أو عمتها ، أو شاة وسخلتها ، لم يصح لندور اجتماعها بالصفات ، هكذا أطلقه الشافعي رضي الله عنه والاصحاب . وقال الامام : لا يمتنع ذلك في الزنجية التي لا تكثر صفاتها ، وتمتنع فيمن تكثر . ولو أسلم في عبد وجارية ، وشرط كونه كاتباً وهي ماشطة ، جاز . ولو أسلم في جارية ، وشرط

كونها حاملاً ، بطل السلم في المذهب . وقيل : قولان بناءً على أن الحمل ، هل له حكم ، أم لا ؟ إن قلنا : نعم ، جاز ، وإلا ، فلا . ولو أسلم في شاة لبون ، ففي صحته قولان . أظهرهما : المنع ، وبه أجاب البغوي .

مصل

يجوز السلم في الحيوان ، وهو أنواع . منها ، الرقيق ، فإذا أسلم فيه ، وجب التعرض لأمره .

أحدها : النوع ، فيذكر أنه تركي أو رومي ، فإن اختلف صنف النوع ، وجب ذكره على الأظهر .

الثاني : اللون ، فيذكر أنه أبيض أو أسود ، ويصف البياض بالسمرة أو الشقرة ، والسواد بالصفاء أو الكدرة ، هذا إن اختلف لون الصنف ، فإن لم يختلف ، لم يجب ذكر اللون .

الثالث : الذكورة والانوثة .

الرابع : السن ، فيقول : محتلم ، أو ابن ست ، أو سبع ، والأمر في السن على التقريب ، حتى لو شرط كونه ابن سبع سنين مثلاً بلا زيادة ولا نقصان ، لم يجز لندوره . والرجوع في الاحتلام ، إلى قول العبد . وفي السن ، يعتمد قوله إن كان بالغاً ، وقول سيده إن ولد في الاسلام ، وإلا ، فالرجوع إلى النخاسين ، فتعتبر ظنونهم .

الخامس : القد ، فيبين أنه طويل ، أو قصير ، أو ربّع ، ونقل الامام عن المراقين ، أنه لا يجب ذكر القد . والموجود في كتب المراقين ، القلع بوجوبه ، ولا يشترط وصف كل عضو على حياله بأوصافه المقصودة ، وإن تفاوت به الغرض

والقيمة ، لأن ذلك يورث غرّة . وفي ذكر الأوصاف التي يعتبرها أهل الخبرة ويرغب في الأرقاء ، كالكَحَل ، والدَّعَج ، وتكلم الوجه ، ومن الجارية وما أشبهها ، وجهان ، أحدهما : يجب ، قاله الشيخ أبو محمد ، وأصحها : لا . والأصح : أنه لا يشترط ذكر الملاحاة . ويستحب أن يذكر كونه مفلّج الأسنان أو غيره ، وجمد الشعر أو مسطه . ويجب ذكر الثيابة ، والبكارة ، على الأصح .

فرع

لو شرط كون العبد يهودياً أو نصرانياً ، جاز . قال الصيمري (١) : ولو شرط أنه ذو زوجة ، أو أنها ذات زوج ، جاز ، وزعم أنه لا يندر . قال : ولو شرط كونه زانياً ، أو قاذفاً ، أو سارقاً ، جاز ، بخلاف ما لو شرط كون الجارية مفضية ، أو قوادة ، لا يصح .

فرع

لو أسلم جارية صغيرة في كبيرة ، فوجهان . قال أبو إسحاق : لا يجوز ، لأنها قد تكبر وهي بالصفة المشروطة ، فيسلمها بمد أن يطأها ، فيكون في معنى اقتراض الجوارى . والصحيح : الجواز ، كإسلام صغار الإبل في كبارها . وهل يمكن من تسليمها عما عليه ؟ وجهان . فان قلنا : يمكن ، فلا مبالاة بالوطء كوطء

(١) هو أبو القاسم عبد الواحد بن الحسين بن محمد الصيمري الشافعي ، فقيه أصولي ، توفي

سنة (٣٨٦ هـ) .

أثيب ، وردها باليب . ومنها الابل ، ويجب فيها ذكر الانوثة ، والذكورة ،
والسن ، واللون ، والنوع ، فيقول : من نَمَ بني فلان وتناجهم ، هذا إذا كثر عددهم
وعرف لهم التناج ، كبني تميم . فأما النسبة إلى طائفة يسيرة ، فكتعين ثمرة بستان .
ولو اختلف نَمَ بني فلان ، فالأظهر : أنه يشترط التعيين . ومنها الخيل ، فيجب
ذكر ما يجب في الابل . ولو ذكر معها الشيات (١) كالأغر ، والمحجل ، واللطم ، كان
أولى . فإن تركه ، جاز . وهكذا القول في البقر ، والغنم ، والبغال ، والحمر .
وما لا يبين نوعه بالاضافة إلى قوم ، يبين بالاضافة إلى بلد وغيره . ويجوز السلم في
الطيور على الصحيح ، وبه قطع الجماهير . وفي «المهذب» : لا يجوز . فإن جوزناه ،
وصف منها النوع ، والصغر ، والكبر من حيث الجنة ، ولا يكاد يعرف منها .
فإن عرف ، وصف به . ويجوز السلم في السمك والجراد حياً وميتاً عند عموم
الوجود ، ويوصف كل جنس من الحيوان بما يليق به .

فصل

السلم في اللحم جائز ، ويجب فيه بيان أمور .
أحدها : الجنس ، كلحم بقر أو غنم .
الثاني : النوع . فيقول : لحم بقر عراب أو جواميس ، وضأن أو معز .
الثالث : ذكر أو أنثى ، خصي أو فحل .
الرابع : السن ، فيقول : لحم صغير أو كبير ، ومن الصغير ، رضيع أو فطيم .
ومن الكبير ، جذع أو مئي .

(١) الشيات ، جمع : شبة ، وهي كل لون يخالف مظلم لون الفرس وغيره .

الخامس : يبين أنه من راعية أو معلوفة . قال الامام : ولا أكتفي باللفظ بالرة والمرات ، حتى ينتهي إلى مبلغ يؤثر في اللحم .
السادس : يبين أنه من الفخذ ، أو الكتف أو الجنب . وفي كتب المراقين ، أمر سابع ، وهو بيان السمن والمزال . ولا يجوز شرط الأعجف ، لأنه عيب ، وشرطه مفسد للعقد . ويجوز في اللحم المملح ، والتقدير إذا لم يكن عليه غير المملح . فإن كان ، فقد سبق الخلاف في جوازه في نظيره . ثم إذا أطلق السلم في اللحم ، وجب قبول ما فيه من العظم على العادة . وإن شرط نزع ، جاز ولم يجب قبوله .

فرع

يجوز السلم في الشحم ، والآلية ، والكبد ، والطحال ، والكلية ، والرتة .

فرع

إذا أسلم في لحم صيد ، ذكر ما يجب في سائر اللحوم . لكن الصيد لا يكون خصياً ، ولا معلوفاً ، فلا يجب ذكر هذين الأمرين . قال الشيخ أبو حامد والمقتدون به : يبين أنه صيد بأجولة ، أو بسهم ، أو بجارحة ، وأنها كلب ، أو فهد ، لأن صيد الكلب أطيّب .

فرع

في لحم الطير والسمك يبين الجنس ، والنوع ، والصنف ، والكبر من حيث الجثة . ولا يشترط ذكر الذكورة والانوثة ، إلا إذا أمكن التمييز ، وتلق

به غرض . وبين موضع اللحم إذا كان الطير والسماك كبيرين . ولا يلزمه قبول الرأس والرجل من الطير ، والذنب من السمك .

فصل

لا يجوز السلم في اللحم المطبوخ والشوي ، ولا في الخبز على الأصح كما سبق . وفي الدبس ، والمسل المصفى بالنار ، والسكر ، والفانيد^(١) ، واللبأ ، وجهان ، واستبعد الامام المنع فيها كلها . قلت : ومن اختار الصحة في هذه الأشياء الفزالي وصاحب « التتمة » .

والله أعلم

وتردد صاحب « التقريب » في السلم في الماء ، ورد لاختلاف تأثير النار فيما يتصمّد ويقطر ، ولا عبرة بتأثير الشمس ، فيجوز السلم في المسل المصفى بالشمس .

فرع

لا يجوز السلم في رؤوس الحيوان على الأظهر ، والأكارع كالرؤوس . قلت : فإذا جوزناه في الأكارع ، فمن شرطه أن يقول : من الأيدي والأرجل .

والله أعلم

فإن جوزناه ، فله ثلاثة شروط . أن تكون نيئة ، وأن تكون منقّاة من الشعر والصوف ، ويسلم فيها وزناً ، فإن فقد شرط ، لم يجز قطعاً .

(١) الفانيد : نوع من الحلوى ، وهي كفة أعجوبة ، واللبأ : أول اللبن في التناج .

فصل

يذكر في التمر النوع ، فيقول : معقلي ، أو برني ، والبلد ، فيقول : بغدادي ، واللون ، وصغر الحبات ، وكبرها ، وكونه جديداً ، أو عتيقاً . والحنطة ، وسائر الحبوب ، كالتمر . وفي الرطب ، يذكر جميع ذلك ، إلا الجديد والعتيق . قال في « الوسيط » ، يجب ذكر ذلك في الرطب دون الحنطة والحبوب ، وهو خلاف ما عليه الأصحاب . وفي العسل ، يذكر أنه جبلي ، أو بلدي ، صيفي أو خريفي ، أو أصفر ، أو أبيض ، ولا يشترط ذكر الجديد والعتيق ، ويقبل مارق بسبب الحر ، ولا يقبل مارق زقة عيب .

فصل

يجوز السلم في اللبن ، ويبين فيه ما يبين في اللحم ، سوى الأمر الثالث والسادس ، ويبين نوع الملف ، لاختلاف الغرض به ، ولا حاجة إلى ذكر اللون والحلاوة ، لأن المطلق ينصرف إلى الحلو ، بل لو أسلم في اللبن الحامض ، لم يجز ، لأن الحموضة عيب . وإذا أسلم في لبن يومين أو ثلاثة ، فأنما يجوز إذا بقي حلواً في تلك المدة . وإذا أسلم في السمن ، يبين ما يبين في اللبن ، ويذكر أنه أبيض ، أو أصفر . وهل يحتاج إلى ذكر العتيق والجديد ؟ وجهان . قال الشيخ أبو حامد : لا بل العتيق معيب لا يصح السلم فيه . وقال القاضي أبو الطيب : العتيق المتغير هو المعيب ، لا كل عتيق ، فيجب بيانه . وفي الزبد يذكر ما يذكر في السمن ، وأنه زبد يومه أو أمسه . ويجوز في اللبن كيلاً ووزناً ، لكن لا يكال حتى تسكن رغوته ، ويوزن قبل سكونها . والسمن يكال ويوزن ، إلا إذا كان جامداً يتجافى في المكيال ،

فيتمين الوزن ، وليس في الزبد إلا الوزن ، وكذا البأ المجفف ، وقبل الجفاف ، هو كاللبن . وإذا جوزنا السلم في الجبن ، وجب بيان نوعه وبلده ، وأنه رطب أو يابس . وأما الخيض الذي فيه ماء ، فلا يجوز السلم فيه ، نص الشافعي رضي الله عنه . وإن لم يكن فيه ماء ، جاز ، وحينئذ لا يضر وصف الحموضة ، لأنها مقصودة فيه .

فصل

إذا أسلم في الصوف ، قال : صوف بلد كذا ، وذكر لونه وطوله وقصره ، وأنه خريفي أو ربيعي ، من ذكور أو إناث ، لأن صوف الإناث أشد نعومة . واستغنوا بذلك عن ذكر اللون والخشونة ، ولا يقبل إلا خالصاً من الشوك والبحر ، فإن شرط كونه مفسولاً ، جاز ، إلا أن يعيبه النسل . والشعر والوبر ، كالصوف ، ويضبط الجميع وزناً .

فصل

يبين في القطن بلده ، ولونه ، وكثرة لحمه ، وقلته ، والخشونة ، والنعومة ، وكونه عتيقاً أو جديداً إن اختلف الغرض به ، والمطلق يحمل على الجاف وعلى ما فيه الحب . ويجوز في الخليج ، وفي حب القطن ، ولا يجوز في القطن في الجوزق (١) قبل التشقق . وأما بعده ، ففي « التهذيب » : أنه يجوز . وقال في « التتمة » : ظاهر المذهب : أنه لا يجوز ، لاستتار المقصود بما لا مصلحة فيه ، وهذا هو الذي أطلق المراقبون حكايته عن النص .

(١) الجوزق : استعمله الفقهاء في كام القطن ، وهو مربع .

فصل

يبين في الابرسم لونه ، وبلده ، ودقته ، وغلظه ، ولا يشترط ذكر الخشونة والنمومة ، ولا يجوز السلم في القز وفيه الدود ، لا حياً ولا ميتاً ، لانه يمنع معرفة وزن القز . وبعد خروج الدود ، يجوز .

فصل

وإذا أسلم في النزل ، ذكر ما يذكر في القطن ، ويذكر الدقة والغلظ . ويجوز السلم في غزل الكتان ، ويجوز شرط كونه مصبوغاً ، ويشترط بيان الصبغ .

فصل

إذا أسلم في الثياب ، ذكر جنسها من إبرسم ، أو قطن ، أو كتان ، والنوع ، والبلد الذي ينسج فيه إن اختلف به الغرض ، وقد يعني ذكر النوع عنه ، وعن الجنس أيضاً ، وبين الطول ، والمرض ، والغلظ ، والدقة ، والنمومة ، والخشونة ، ويجوز في المقصود ، والمطلق محمول على الختام . ولا يجوز في الملبوس ، لانه لا ينضبط . ويجوز فيما صبغ غزله قبل النسج ، كالبرود . والعروف في كتب الأصحاب : أنه لا يجوز في المصبوغ بعد النسج . وفيه وجه : أنه يجوز ، قاله طائفة ، منهم الشيخ أبو محمد ، وصاحب الحاوي ، وهو القياس . قال الصيمري : يجوز السلم في القمص ، والراويلات ، إذا ضبطت طولاً وعرضاً ، وسمة وضيقاً .

فصل

الخشب أنواع . منها الحطب ، فيذكر نوعه ، وغلظه ، ودقته ، وأنه من نفس الشجر ، أو من أغصانه ، ووزنه، ولا يجب التعرض للرطوبة ، والجفاف ، والمطلق محمول على الجاف ، ويجب قبول الموج ، والمستقيم . ومنها ما يطلب للبناء ، كالجدوع ، فيذكر النوع ، والطول ، والغلظ ، والدقة ، ولا يشترط الوزن على الصحيح ، وشرطه الشيخ أبو محمد ، ولو ذكر ، جاز ، بخلاف الثياب . ولا يجوز في المخروط ، لاختلاف أعلاه وأسفله . ومنها ما يطلب ليفرس ، فيذكر العدد ، والنوع ، والطول ، والغلظ . ومنها ما يطلب ليتخذ منه القسي والسهام ، فيذكر فيه النوع ، والدقة ، والغلظ ، وزاد بمضهم كونه سهلياً ، أو جبلياً ، لان الجبلي أصلح . ومنهم من شرط الوزن فيه ، وفي خشب البناء .

فصل

إذا أسلم في الحديد ، ذكر نوعه ، وأنه ذكر أو أنثى ، ولونه ، وخشوته ، ولينه . وفي الرصاص يذكر نوعه ، من قلع وغيره . وفي الصفر ، من شبه وغيره ، ولونها ، وخشوتها ، ولينها ، ولا بد من الوزن في جميع ذلك .

فرع

كل شيء لا يتأثى وزنه بالقبان لكبره ، يوزن بالعرض على الماء . قلت : قد سبقت كيفية الوزن بالماء في باب الربا . والله أعلم

فصل

في مسائل منشورة تتعلق بما سبق

إحداها : السلم في النافع ، كتعليم القرآن وغيره ، جائز ، ذكره الروياني .
الثانية : السلم في الدرام والدنانير ، جائز على الأصح ، بشرط أن يكون رأس المال غيرهما .

قلت : اتفق أصحابنا على أنه لا يجوز إسلام الدرام في الدنانير ، ولا عكسه سلباً مؤجلاً . وفي الحال وجهان محكيان في «البيان» وغيره . الأصح المنصوص في «الام» في مواضع : أنه لا يصح . والثاني : يصح بشرط قبضها في المجلس ، قاله القاضي أبو الطيب . والله أعلم

الثالثة : يجوز السلم في أنواع المطر المامة الوجود ، كالسك ، والعنبر ، والكافور ، فيذكر وزنها ونوعها فيقول : عنبر أشهب .
الرابعة : يجوز السلم في الزجاج ، والطين ، والجص ، والنورة ، وحجارة الأرحية ، والأبنية ، والأواني ، فيذكر نوعها وطولها وعرضها وغلظها ، ولا يشترط الوزن .

قلت : عدم اشتراط الوزن في الأرحية ، هو الأصح ، وبه قطع الشيخ أبو حامد ، والبنوي ، وآخرون ، وقطع النزالي باشتراطه . وادعى إمام الحرمين الاتفاق عليه ، وليس كما ادعى . والله أعلم

الخامسة : لا يجوز السلم في الحياض ، والكيزان ، والطسوت ، والقفاز ، والطناجير

والتائر ، والبرام المعمولة ، لندور اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة . ويجوز السلم فيما يصب منها في القالب ، لعدم اختلافه ، وفي الاسطال المربعة .
السادسة : يجوز السلم في الكاغد عدداً ، وبين نوعه وطوله . ويجوز في الآجر على الأصح . وفي وجه : لا يصح لتأثير النار . ولا يجوز السلم في العقار ، ولا في الارز ، والعلس ، لاستنارها بالكهام ، ويجوز في الدقيق على الصحيح .

فصل

هل يشترط ذكر الجودة والرداءة في السلم فيه ؟ وجهان . قال المراقبون : يشترط ، وهو ظاهر النص ، لاختلاف الغرض به . وقال غيرهم : لا يشترط ، ويجمل المطلق على الجيد ، وهو الأصح .
قلت : قوله : ظاهر النص ، مما ينكر عليه . فقد نص عليه في مواضع من « الأم » ، نصاً صريحاً ، وهو مبين في « شرح المذهب » . والله أعلم

وسواء قلنا بالاشتراط ، أو شرطاً ، ينزل على أقل الدرجات (١) . ولو شرط الأجود ، لم يصح المقد على المذهب . وقيل : فيه قولان كالارداء . ولو شرطاً الرداءة ، فإن كانت رداءة العيب ، لم يصح المقد . وإن كانت رداءة النوع ، فقال كثيرون : يصح . وأطلق النزالي في « الوجيز » ، البطلان .
قلت : وقد قال بالبطلان أيضاً إمام الحرمين . والأصح : الصحة ، وبه قطع المراقبون . ونص عليه الشافعي رضي الله عنه في « الأم » ، نصاً صريحاً في مواضع . والله أعلم

وإن شرط الارداء ، جاز على الاظهر . وقيل : الأصح .

(١) في الشرح الكبير : وسواء قلنا بالاشتراط أو لم نقل ، فإذا شرط الجودة نزل على أقل الدرجات .

فرع

ينزل الوصف في كل شيء على أقل درجاته ، فإذا أتى بما يقع على اسم الوصف الشروط ، كفى ، ووجب قبوله ، لأن الرتب لا نهاية لها ، وهي كمن باع بشرط أنه كاتب أو خباز .

فصل

صفات المسلم فيه مشهورة عند الناس ، وغير مشهورة ، ولا بد من معرفة الماقيدين صفاته . فإن جهلها أحدهما ، لم يصح العقد ، وهل يكفي معرفتها ؟ وجهان . أصحابها : لا ، وهو النصوص ، بل لا بد من معرفة عدلين ليرجع إليهما عند تنازعهما . وقيل : تعتبر فيها الاستفاضة ، ويجري الوجهان فيما إذا لم يعرف المكيل المذكور إلا عدلان . وما ذكرناه الآن ، يخالف ما قدمناه في فصيح النصارى من بعض الوجوه . ولعل الفرق ، أن الجهالة هناك عائدة إلى الأجل ، وهنا إلى المقود عليه ، فجاز أن يحتمل هناك مالا يحتمل هنا .

فصل

في أداء المسلم فيه ، والكلام في صفته وزمانه ومكانه

أما صفته ، فإن أتى بنير جنسه ، لم يميز قبوله ، إذ لا يجوز الاعتياض عنه . وإن أتى بجنسه وعلى صفته الشرطية ، وجب قبوله قطعاً ، وإن كان أجود ، جاز قبوله قطعاً ، ووجب على الأصح . وإن كان أردأ ، جاز قبوله ولم يجب ، وإن أتى بنوع آخر ، بأن أسلم في التمر المقلبي ، فأحضر البرني ، أو في ثوب هروي ، فأنى يروي ، فأوجه .

أصحابها: يحرم قبوله . والثاني : يجب . والثالث : يجوز ، كما لو اختلفت الصفة ، واختلفوا في أن التفاوت بين التركي والهندي ، تفاوت جنس ، أم تفاوت نوع ؟ والصحيح : الثاني . وفي أن التفاوت بين الرطب والتمر ، وبين ما سقي بماء السماء وما سقي بغيره ، تفاوت نوع ، أو صفة ؟ والأصح : الأول .

فرع

ما أسلم فيه كَيْلاً قبضه كَيْلاً . وما أسلم فيه وزناً ، قبضه وزناً ، ولا يجوز العكس . وإذا كال لا يززل المكيال ، ولا يضع الكف على جوانبه . ويجب تسليم الحنطة ونحوها نقيّة من الزوان والمدر والتراب ، فان كان فيها شيء قليل من ذلك ، وقد أسلم كَيْلاً ، جاز ، وإن أسلم وزناً ، لم يحجز .

قلت : هكذا أطلق جمهور الأصحاب ، وقال صاحب «الحاوي» : فيما إذا أسلم كَيْلاً ، إلا أن يكون لاخراج التراب مؤنة ، فلا يلزمه قبولها . قال في «البيان» ، دقاق التبن كالتراب . والله أعلم

ويجب تسليم التمر جافاً ، والرطب صحيحاً غير مشدّخ . وأما زمانه : فإن كان السلم مؤجلاً ، لم يخف أنه لا مطالبة قبل المثل . فان أتى به المسلم إليه قبله ، فامتنع من قبوله ، قال جمهور الأصحاب : إن كان له غرض في الامتناع ، بأن كان وقت نهب ، أو كان حيواناً يحتاج علفاً ، أو ثمرة ، أو لحماً يريد أكلها عند المثل طرياً ، أو كان يحتاج إلى مكان له مؤنة ، كالحنطة وشبهها ، لم يجبر على القبول . وإن لم يكن له غرض في الامتناع ، فان كان للمؤدي غرض سوى براءة الذمة ، بأن كان به رهن أو كفيل ، أجبر على القبول على المذهب . وقيل : قولان .

وهل يلحق بهذه الأعذار خوفه من انقطاع الجنس قبل الحول ؟ وجهان . الأصح : يلحق . وإن لم يكن للمؤدي غرض سوى براءة الذمة ، ققولان ، أصحهما : يحير ، وإن تقابل غرضاهما ، فالرعي جانب المستحق على المذهب . وقيل بطرد القولين ، وعكس الغزالي هذا الترتيب ، وهو شاذ مردود . وحكم سائر الديون المؤجلة فيما ذكرنا حكم المسلم فيه . وأما إذا كان المسلم حائراً ، فله المطالبة به في الحال . فلو أتى به المسلم إليه ، فامتنع من قبضه ، فإن كان للدافع غرض سوى البراءة ، أجبر على القبول ، وإلا ، فالمذهب : أنه يحير على القبول أو الإبراء . وقيل : على القولين ، وحيث ثبت الإجبار ، فلو أصر على الامتناع ، أخذه الحاكم له .

وأما مكانه : فإذا قلنا : يمين مكان المقد للتسليم ، أو قلنا : لا يمين فميناء ، وجب التسليم فيه . فلو وجد المسلم إليه في غير ذلك المكان ، فإن كان لنقله مؤنة ، لم يطالب به . وهل يطالب بالقيمة للحيلولة ؟ وجهان . الصحيح : لا ، لأن أخذ العوض عن المسلم فيه قبل القبض غير جائز ، وبهذا قطع العراقيون وصاحب « التهذيب » ، فعلى هذا ، للمسلم الفسخ واسترداد رأس المال ، كما لو انقطع المسلم فيه . وإن لم يكن لنقله مؤنة ، كالدرهم والدنانير ، فله مطالبته به ، وأشار إمام الحرمين إلى خلاف فيه . ولو ظفر المالك بالناصب في غير مكان النصب أو الاتلاف ، فهل له مطالبته بالمثل ؟ فيه خلاف ، الأصح : ليس له المطالبة إلا بالقيمة . ولو أتى المسلم إليه بالمسلم فيه في غير مكان التسليم ، فامتنع المستحق من أخذه ، فإن كان لنقله مؤنة ، أو كان الموضع مخوفاً ، لم يحز ، وإلا فوجهان بناءً على القولين في التسجيل قبل المهل . فلورضي ، وأخذه ، لم يكن له أن يكافئه مؤنة النقل .

قلت : أصحها : إجباره . ولو اتفق كون رأس المال على صفة المسلم فيه ، فأحضره ، فوجهان مشهوران . أصحها : يجب قبوله . والثاني : لا يجوز . والله أعلم

باب القرض

هو مندوب إليه . وأركانه أربعة . الماقدان ، والصيغة ، والشئ المقرض ، فلا يصح إلا من أهل النبرع . وأما الصيغة ، فالإيجاب لا بد منه ، وهو أن يقول : أقرضتك ، أو أسلفتك ، أو خذ هذا بمثله ، أو خذه واصرفه في حوائجك وردةً بدله ، أو ملكتك على أن ترد بدله ، فلو اقتصر على « ملكتك » فهو هبة ، فإن اختلفا في ذكر البذل ، فالقول قول الآخذ .

قلت : وحكي وجه : أن القول قول الدافع ، وهو متجه . وفي « التتمة » وجه : أن الاختصار على « ملكتك » قرض . والله أعلم

وأما القبول ، فشرط على الأصح ، وبه قطع الجمهور . وادعى إمام الحرمين أن عدم الاشتراط أصح .

قلت : وقطع صاحب « التتمة » بأنه لا يشترط الإيجاب ، ولا القبول ، بل إذا قال لرجل : أقرضني كذا ، أو أرسل إليه رسولاً ، فبعث إليه المال ، صح القرض . وكذا لو قال رب المال : أقرضتك هذه الدرام ، وسلمها إليه ، ثبت القرض .

والله أعلم

وأما الشئ المقرض ، فاللأل ضربان .

أحدهما : يجوز السلم فيه ، فيجوز إقراضه حيواناً كان ، أو غيره . لكن إن كان جارية ، نظر ، إن كانت محرماً للمستقرض ، بنسب ، أو رضاع ، أو مصاهرة ، جاز إقراضها قطعاً . وإن كانت حلالاً ، لم يجوز على الأظهر المنصوص قديماً وجديداً .

قلت : هذا الذي جزم به من جواز إقراض المحرم ، هو الذي قطع به الجماهير . وقال في « الحاوي » ، إن كانت ممن لا يستيجها المستقرض ، بأن اقترضها محرم ، أو امرأة ، فوجهان . قال البنداديون : يجوز . وقال البصريون : لا يجوز ويعبرون جنساً لا يجوز قرضه . والله أعلم

الضرب الثاني : ما لا يجوز السلم فيه ، فجواز إقراضه يبنى على أن الواجب في المتقومات رد المثل أو القيمة ، إن قلنا بالأول ، لم يجوز . وبالثاني ، جاز . وفي إقراض الخبز ، وجهان ، كالسلم فيه . أصحابها في « التهذيب » : لا يجوز . واختار صاحب « الشامل » وغيره : الجواز . وأشار في « البيان » إلى ترتيب الخلاف ، إن جوزنا السلم ، جاز هنا ، وإلا فوجهان . قال : فإن جوزناه ، رد مثله وزناً إن أوجبنا في المتقومات المثل . وإن أوجبنا القيمة ، وجبت هنا . فإن شرط المثل ، فوجهان . قلت : قطع صاحب « التتمة » والمستظهري ، بجواز قرضه وزناً . واحتج صاحب « الشامل » و « التتمة » بأجماع أهل الأمصار على فعله في الأعصار بلا إنكار ، وهو مذهب أحمد رضي الله عنه ، وأبي يوسف ، ومحمد ، وذكر صاحب « التتمة » وجهين في إقراض الخبز الحامض . أحدهما : الجواز ، لا طراد المادة . وفي فتاوى القاضي حسين : لا يجوز إقراض الروبة ، لأنها تختلف بالحموضة . قال : ولا يجوز إقراض المنافع ، لأنه لا يجوز السلم فيها ، ولا إقراض ماء القناة ، لأنه مجهول . والله أعلم

فرع

يشترط أن يكون المقرض معلوم القدر ، ويجوز إقراض المكيل وزناً وعكسه

كالسلم . وقال القفال : لا يجوز إقراض المكيل وزناً ، بخلاف السلم ، فإنه لا يشترط فيه استواء الموضين . وزاد فقال : لو أتلّف مائة رطل حنطة ، ضمنها بالكيل . ولو باع شقصاً بمائة رطل حنطة ، أخذ الشفيع بمثلها كيلاً . والأصح في الجميع : الجواز .

فصل

يحرم كل قرض جر منفعة ، كشرط رد الصحيح عن المكسر أو الجيد عن الرديء ، وكشرط رده ببلد آخر ، فإن شرط زيادة في القدر ، حرم إن كان المال ربوياً ، وكذا إن كان غير ربوي على الصحيح . وحكى الامام أنه يصح الشرط الجارء للمنفعة في غير الربوي ، وهو شاذ غلط . فإن جرى القرض بشرط من هذه ، فسد القرض على الصحيح ، فلا يجوز التصرف فيه . وقيل : لا يفسد ، لأنه عقد مساعمة . ولو أقرضه بلا شرط ، فردّه أجود أو أكثر أو ببلد آخر ، جاز ، ولا فرق بين الربوي وغيره ، ولا بين الرجل المشهور برد الزيادة أو غيره على الصحيح . قلت : قال في « التتمة » : لو قصد إقراض المشهور بالزيادة الزيادة ، ففي كراهته

وجاه . والله أعلم

ولو شرط ردّه الأردى أو المكسر ، لفا الشرط ، ولا يفسد العقد على الأصح ، وأشار بعضهم إلى خلاف في صحة الشرط . ولا يجوز شرط الأجل فيه ، ولا يلزم بحال . فلو شرط أجلاً ، نظر ، إن لم يكن للمقرض غرض فيه ، فهو كشرط رد المكسر عن الصحيح . وإن كان ، بأن كان زمن نهب والمستقرض مليء ، فهو كالتأجيل بلا غرض ، أم كشرط رد الصحيح عن المكسر ؟ وجاه . أصحها : الثاني ، ويجوز به شرط الرهن والكفيل ، وشرط أن يشهد عليه أو يُقرّ به عند الحاكم . فإن شرط

المراد
بالتأجيل
أن يكون
الدين
مستقراً
أو أن
يكون
الدين
مستقراً
أو أن
يكون
الدين
مستقراً

رهناً بدين آخر ، فهو كشرط زيادة الصفة . ولو شرط أن يقرضه مالاً آخر ، صح على الصحيح ، ولم يلزمه ما شرط ، بل هو وعد ، كما لو وهبه ثوباً بشرط أن يهبه غيره .

فصل

فما يملك به المقرض قولان منتزعان من كلام الشافعي رضي الله عنه . أظهرهما : بالقبض . والثاني : بالتصرف . فإن قلنا : بالقبض ، فهل للمقرض أن يلزمه رده بمينه ما دام باقياً ، أم للمستقرض ردُّ بدله مع وجوده ؟ وجهان . أصحها عند الأكثرين : الأول . ولو رده المستقرض بمينه ، لزم المقرض قبوله قطعاً . وإن قلنا : يملك بالتصرف ، فمنه : إذا تصرف ، تبين ثبوت ملكه . ثم في ذلك التصرف ، أوجه . أصحها : أنه كل تصرف يزيل الملك . والثاني : كل تصرف يتعلق بالرقبة . والثالث : كل تصرف يستدعي الملك . فعلى الأوجه : يكفي البيع ، والهبة ، والاعتاق ، والاتلاف . ولا يكفي الرهن ، والتزويج ، والاجارة ، وطحن الحنطة ، وخبز الدقيق ، وذبح الشاة ، على الوجه الأول .

قلت : فتكون هذه العقود باطلة والله أعلم

ويكفي ما سوى الاجارة على الثاني ، وما سوى الرهن ، على الثالث ، لأنه يجوز أن يستعير الرهن ، فيرهنه . وحكي عن الشيخ أبي حامد : أنه كل تصرف يمنع رجوع الواهب والبائع عند إفلاس المشتري . فإن قلنا بالأول ، فهل يكفي البيع بشرط الخيار ؟ إن قلنا : لا يزيل الملك ، فلا ، وإلا ، فوجهان ، لأنه لا يزيله بصفة الزوم .

فرع

اقترض حيواناً ، إن قلنا : يملك بالقبض ، فنفقته على المقرض ، وإلا ، فعلى المقرض إلى أن يتصرف المستقرض . ولو اقترض من يمتق عليه ، عتق إذا قبضه إن قلنا : يملك به ، ولا يمتق إن قلنا : بالتصرف . قال في « التهذيب » ويجوز أن يقال : يمتق ويحكم بالملك قبيله .

قلت : جزم صاحب « التتمة » بهذا الاحتمال ، ولكن المروف : أن لا يمتق .
والله أعلم

فصل

أداء القرض في الصفة والمكان والزمان ، كالسلم فيه . ولو ظفر بالمستقرض في غير مكان الاقراض ، فليس له مطالبته بالمثل ، وله مطالبته بالقيمة . فلو عاد إلى مكان الاقراض ، فهل له رد القيمة والمطالبة بالمثل ؟ وهل للمقرض مطالبته برد القيمة ؟ وجهان .

قلت : أصحابها : لا . والله أعلم

والقيمة التي يطالب بها ، قيمة بلد القرض يوم المطالبة . وكذا في السلم يطالب بقيمة بلد العقد إذا جاوزنا أخذ قيمته .

قلت : المتبر في السلم ، قيمة الموضع الذي يستحق فيه التسليم . والله أعلم

فرع

إذا اقترض مثلياً ، رد مثلياً ، وإن رد متقوماً ، فالأصح عند الأكثرين : أنه يرد مثله من حيث الصورة . والثاني : يرد القيمة يوم القبض إن قلنا : يملك به . وإن قلنا : بالتصرف ، فوجهان . أحدهما : كذلك . والثاني : تجب قيمته أكثر ما كانت من القبض إلى التصرف . وإذا اختلفا في قدر القيمة ، أو صفة المثل ، فالقول قول المستقرض .

قلت : قال في د المذهب ، لو قال : أقرضتك ألفاً وقبيل وتفرقاً ، ثم دفع إليه ألفاً ، فإن لم يطل الفصل ، جاز ، وإلا ، فلا ، لأنه لا يمكن البناء مع طول الفصل . وإذا جوزنا إقراض الخبز ، فهل يرد مثل أو القيمة ؟ فيه الوجهان . فإن قلنا : القيمة ، فشرط الخبز ، فوجهان . أحدهما : يصح الشرط ، لأن مبناه على المساهلة والرفق . قال الشاشي : قال القاضي أبو حامد : إذا أهدى المستقرض للمقرض هدية ، جاز قبولها بلا كراهة ، هذا مذهبنا ومذهب ابن عباس ، وكرها ابن مسعود . قال المحاملي وغيره من أصحابنا : يستحب للمستقرض أن يرد أجود مما أخذ ، للحديث الصحيح في ذلك (١) ولا يكره للمقرض أخذ ذلك . ولو أقرضه تقدماً ، فأبطل السلطان المعاملة به ، فليس له إلا النقد الذي أقرضه ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه ، ونقله عنه أيضاً ابن المنذر ، وقد سبق نظيره في البيع . وفي فتاوى القاضي حسين : أنه لو قال : أقرضني عشرة ، فقال : خذها من فلان ، فأخذها منه ، لا يكون قرضاً ، بل هذا توكيل بقبض الدين ، فبعد القبض لا بد من قرض جديد . ولو كانت العشرة في يد فلان معينة ، ودبعة أو غيرها ، صح . والله أعلم

(١) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : كان لرجل على النبي صلى الله عليه وسلم سن من الابل ، فجاء يتقاضاه ، فقال : « أعطوه » فطلبوا سنه ، فلم يجدوا إلا سناً فوقها ، فقال : « أعطوه » فقال : أوفيتني أوفاك الله ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « إن خيركم أحسنكم قضاء » متفق عليه . وقوله : سن ، أي : جل له سن معين .

كتاب الرهن

فيه أربعة أبواب .

الأول : في أركانه ، وهي أربعة . الأول : الرهون ، وله شروط . الأول : كونه عيناً ، فلا يصح رهن النفعة ، بأن يرهنه سكنى الدار مدة ، سواء كان الدين المرهون به حالاً أو مؤجلاً . ولا يصح رهن الدين على الأصح ، ويصح رهن الشاع ، سواء رهنه عند شريكه أو غيره ، قبيل القسمة أم لم يقبلها .

قلت : سواء كان الباقي من الشاع للراهن أم لغيره . والله أعلم

ولو رهن نصيبه من بيت من دار باذن شريكه ، صح ، وبغير إذنه ، وجهان . أصحابها عند الامام : صحته كما يصح بيعه . وأصحابها عند البغوي : فساد ، وادعى طرد الخلاف في البيع .

قلت : وعن وافق الامام في تصحيح صحته الغزالي في « البسيط » ، وصاحب « التتمة » ، وغيرهما . وأما طرد الخلاف في البيع ، فساد ، فقد قطع الأصحاب بصحته .

والله أعلم

فان قسمت الدار ، فوقع هذا البيت في نصيب شريكه ، فهل هو كتلف المرهون بآفة سماوية ، أم يفرم الراهن قيمته ويكون رهناً لكونه حصل له بدله ؟ فيه احتمالان للامام . أصحابها : الثاني . وقال الامام محمد بن يحيى : إن كان مختاراً في القسمة ، غرم ، وإن كان مجبراً ، فلا .

قلت : هذا المذكور تقريع على الصحيح الذي قطع به جماهير الأصحاب :
أن هذه الدار تقسم قسمة واحدة . وشذ صاحب « التتمة » فقال : لا تقسم
قسمة واحدة ، بل يقسم البيت وحده ، ويسلّم نصيب الراهن للمرتن ، ثم يقسم الباقي ،
كما لو باع نصيبه من ذلك البيت . وقد أشار صاحب « المذهب » ومن تابعه ، إلى
أنها إذا اقتسما فخرج البيت في نصيب شريكه ، يبقى مرهوناً ، وهذا ضعيف .
والمتحصّل من هذا الخلاف : أن المختار جواز قسمتها جملة ، وأن لا يبقى
مرهوناً ، بل يغرم . والله أعلم

فرع

إذا رهن المشاع ، فقبضه بتسليم له ، فاذا قبض ، جرت المباشرة بين المرتن
والشريك جريئاً بين الشريكين . ولا بأس بتبعض اليد بحكم الشرع ، كما لا بأس
به لاستيفاء الراهن النافع .

قلت : قال أصحابنا : إن كان المرهون مما لا ينقل ، خلّى الراهن بين المرتن
وبينه ، سواء حضر الشريك أم لا . وإن كان مما ينقل ، لم يحصل قبضه إلا بالنقل ،
ولا يجوز نقله بغير إذن الشريك . فإن أذن ، قبض ، وإن امتنع ، فإن رضي المرتن
بكونها في يد الشريك ، جاز ، وناب عنه في القبض ، وإن تنازعا ، نصب الحاكم
عدلاً يكون في يده لهما ، فإن كان له منفعة آجره . والله أعلم

الشرط الثاني : يختلف فيه ، وهو صلاحية المرتن ، لثبوت اليد عليه . فإن رهن
عبداً مسلماً أو مصحفاً عند كافر ، أو السلاح عند حربي ، أو جارية حسناء عند
أجنبي ، صح على المذهب في جميعها ، فيجعل العبد والمصحف في يد عدل .

قلت : وإذا صححنا رهن العبد والمصحف عند الكافر ، ففي « تهذيب » الشيخ نصر المقدسي الزاهد وغيره : أن المقدح حرام . وفي « التهذيب » للبغوي : أنه مكروه ، ذكره في كتاب الجزية . والله أعلم

ثم إن كانت الجارية صغيرة لا تشتبي ، فهي كالعبد ، وإلا ، فإن رهنه عند محرم أو امرأة ، فذاك . وإن رهنه عند أجنبي ثقة وعنده زوجته ، أو جاريته ، أو نسوة يؤمن معهم الإمام بها ، فلا بأس ، وإلا ، فلتوضع عند محرم لها أو امرأة ثقة ، أو رجل عدل بالصفة المذكورة في الرهن . فإن شرط وضعها عند غير مَنْ ذكرنا ، فهو شرط فاسد . وألحق الإمام بالصغيرة ، الحسيصة مع دمامة الصورة ، لكن الفرق ظاهر . ولو كان الرهون خنثى ، فكالجارية ، إلا أنه لا يوضع عند امرأة.

الشرط الثالث : كون العين قابلة للبيع عند حلول الدين ، فلا يصح رهن أم الولد ، والمكاتب ، والوقف ، وسائر مالا يصح بيعه . وسواد المراق وقف على المسلمين على المذهب ، فلا يجوز رهنه . وأبنيته ، وأشجاره ، إن كانت من تربته وغراسه الذي كان قبل الوقف ، فهي كالأرض . وإن أحدث فيها من غيرها ، جاز رهنها . فإن رهنه مع الأرض ، فهي من صور تفريق الصفقة ، وكذا رهن الأرض مطلقاً إن قلنا : إن البناء والفراس يدخلان فيه . وإذا صح الرهن في البناء ، فلا خراج على الرهن ، وإنما هو على الراهن . فإن أدّاه الرهن بغير إذنه ، فهو متبرع ، وإن أدّاه بأذنه بشرط الرجوع ، رجس . وإن لم يشرط الرجوع ، فوجهان يجريان في أدّاء دين النير بأذنه مطلقاً ، وظاهر النص : الرجوع .

فصل

التفريق بين الأم وولدها الصغير ، حرام ، وفي إفساده البيع قولان سابقا .
ويصح رهن أحدهما دون الآخر . وإذا أريد البيع ، ففيه وجهان . أحدهما : يباع
المرهون وحده ، ويحتمل التفريق للضرورة . وأصحها : يباعان جميعاً ، ويوزع الثمن
على قيمتهما . وفي كيفيته كلام يحتاج إلى مقدمة ، وهي رجل رهن أرضاً بيضاء ،
فبنت فيها نخل ، فله حالان .

أحدهما : أن يرهن الأرض ثم يدفن النوى فيها ، أو يحمله السيل أو الطير ،
فهي للراهن ، ولا يجبر في الحال على قلعها ، فلمله يؤدّي الدين من موضع آخر .
فإن دعت الحاجة إلى بيع الأرض ، نظر ، إن وقى ثمن الأرض إذا بيعت
وحدها بالدين ، بيعت وحدها ولم يقلع النخل . وكذا لو لم يف به ، إلا أن
قيمة الأرض وفيها الأشجار كقيمتها بيضاء . ولو لم يف به بقيمتها تنقص
بالأشجار ، فلدرتهن قلعها لبيع الأرض بيضاء ، إلا أن يأذن الراهن في بيعها مع
الأرض ، فتباعان ويوزع الثمن عليهما . هذا إذا لم يكن الراهن محجوراً عليه بالأفلاس .
فإن كان ، فلا قلع بحال ، لتعلق حق الغرماء به ، بل يباعان ويوزع الثمن عليهما ،
فما قابل الأرض ، اختص به المرتهن ، وما قابل الأشجار ، قُسم بين الغرماء .
فإن نقصت قيمة الأرض بسبب الأشجار ، حسب النقص على الشجر ، لأن حق
المرتهن في الأرض فارغة .

الحال الثاني : أن يكون النوى مدفوناً في الأرض يوم الرهن ، ثم بنت . فإن
كان المرتهن جاهلاً بالحال ، فله الخيار في فسخ البيع الذي شرط فيه هذا الرهن .
فإن فسخ ، وإلا فهو كما لو كان عالماً . وإن كان عالماً ، فلا خيار . وإذا بيعت
الأرض مع النخل ، وزع الثمن عليهما . والمختبر في الحال الأول ، قيمة الأرض

فارغة . وفي الحال الثاني ، قيمة أرض مشغولة ، لأنها كانت مشغولة يوم الرهن .
وفي كيفية اعتبار الشجر وجهان نقلها الامام في الحالين . أصحابها : تقوّم الأرض وحدها . فإذا قيل : هي مائة ، قوّمت مع الأشجار ، فإذا قيل : هي مائة وعشرون ، فالزيادة بسبب الأشجار سدس ، فيراعى في الثمن نسبة الأسداس . والثاني : تقوّم الأشجار وحدها . فإذا قيل : هي خمسون ، كانت النسبة بالثلث ، ثم في المثال المذكور لايضاح الوجهين تكون قيمة الأرض ناقصة بسبب الاجتماع ، لأننا فرضنا قيمتها وحدها مائة ، وقيمة الأشجار وحدها ثابتة خمسين ، وقيمة المجموع مائة وعشرين . عدنا إلى مسألة الأم والولد ، فإذا يئما ممّا ، وأردنا التوزيع ، ففيه طريقان .

أحدهما : أن التوزيع عليها كالتوزيع على الأرض والشجر ، فتعتبر قيمة الأم وحدها . وفي الولد الوجهان .

والثاني : أن الأم لا تقوّم وحدها ، بل تقوّم مع الولد وبهي خاصّته ، لأنها رهنّت وهي ذات ولد ، والأرض بلا أشجار . وبهذا الوجه قطع الأكثرون .
فلو حدث الولد بعد الرهن والتسليم من نكاح أوزنى ، ويئما ممّا ، فللرهن قيمة جارية لا ولدها .

قلت : ذكر الامام الرافعي في مسألة الفراس والأرض الفرق بين علم المرتن وجهله في ثبوت الخيار ، ولم يذكره هنا ، فكأنه أراد أنه مثله . وقد صرح صاحب «الشامل» بذلك فقال : إن كان عالماً بالولد حال الارتنان ، فلا خيار ، وإلا ، فله الخيار في فسخ البيع المشروط فيه الرهن . وقال صاحب «الحاوي» : إن علم ، فلا خيار ، وإلا ، فإن قلنا : تباع الأم دون الولد ، فلا خيار ، وإن قلنا : يباعان ، ففي الخيار وجهان . وجه النع : أنه لا يتحقق نقصها ، بل قد تزيد . فإن قيل : ما فائدة الخلاف في التوزيع ، والراهن يجب عليه قضاء الدين بكل حال ؟ قلنا : تظهر فائدته عند ازدحام غرماء الميت والفاس ،

وفي تصرف الراهن في الثمن قبل قضاء الدين، فينفذ في حصة الولد دون الأم، ذكره
الامام، والنزالي في «البسيط». والله أعلم

فصل

إذا رهن ما يتسارع إليه الفساد ، فإن أمكن تخفيفه كالرطب والعنب ، صح
رهنه وجفف . وإن لم يمكن كالثمرة التي لا تجفف ، والريحان ، والجَمَد ، فإن رهنه
بدين حالٍ ، صح ، ثم إن يبيع في الدين ، أو قضي الدين من موضع آخر ، فذاك ،
وإلا يبيع وجعل الثمن رهناً ، فلو تركه المرتهن حتى فسد ، قال في « التهذيب » :
إن كان الراهن أذن له في بيعه ، ضمن ، وإلا ، فلا . ويجوز أن يقال : عليه الرفع
إلى القاضي لبيعه .

قلت : هذا الاحتمال الذي قاله الامام الرافعي رحمه الله ، قوي أو متعين .
وقد قال صاحب « التتمة » ، في هذه الصورة : إن سكتا حتى فسد ، أو طلب
المرتهن بيعه ، فامتنع الراهن ، فهو من ضمان الراهن . وإن طلب الراهن بيعه ، فامتنع
المرتهن ، فمن ضمان المرتهن . والله أعلم

وإن رهنه بدين مؤجل ، فله ثلاثة أحوال .
أحدها : أن يعلم حلول الأجل قبل فساده ، فهو كرهنه بالحال .
الثاني : أن يعلم عكسه . فإن شرط في الرهن بيعه عند الاشراف على الفساد ،
وجعل ثمنه رهناً ، صح ولزم الوفاء بالشرط . فلو شرط أن لا يباع بحال عند
حلول الأجل ، بطل الرهن لماقضته مقصود الرهن . وإن لم يشرط ذا ولا ذاك ،
فهل هو كشرط البيع ، أم كشرط عدم البيع ؟ قولان ، أظهرهما عند المراقين : الثاني ،
وميل غيرهم إلى الأول .

قلت : قال الامام الرافعي في « المحرر » ، أظهرهما : لا يصح الرهن . والله أعلم

الثالث : أن لا يعلم واحد من الأمرين وهما محتملان ، فالمذهب : الصحة . ولو رهن مالا يسرع إليه الفساد ، فحدث ما عرّضه للفساد قبل الأجل ، بأن ابتلّت الحنطة ، وتمذر تجفيفها ، لم يفسخ بحال . ولو طرأ ذلك قبل قبض المرهون ، ففي الانفساخ وجهان ، كما في حدوث الموت والجنون . وإذا لم يفسخ ، يبيع وجعل الثمن رهناً مكانه .

قلت : الأرجح : أنه لا يفسخ ، وهذا الذي قطع به ، من أنه إذا لم يفسخ يباع ، هو المذهب . ونقل الامام : أن الأئمة قطعوا بأنه يستحق ييمه . ونقل صاحب « الحاوي » ، فيه قولين .

أحدهما : يجبر الراهن على ييمه حفظاً للوثيقة ، كما يجبر على نفقته .

والثاني : لا ، لأن حق المرتن في حبسه فقط ، وهذا ضعيف . والله أعلم

فصل

رهن العبد المحارب ، كبيعه . ورهن المرتد صحيح على المذهب كبيعه . فإن علم المرتن ردّته ، فلا خيار له في فسخ البيع المشروط فيه الرهن . وإن جهل ، يخيّر ، فإن قتل قبل قبضه ، فله فسخ البيع . وإن قتل بعده ، فمن ضمان من؟ فيه وجهان سبقا في البيع . فإن قلنا : من ضمان البائع ، فللمرتن فسخ البيع ، وإلا فلا فسخ ولا أرش ، كما لو مات في يده .

قلت : ولو رهنه عبداً مريضاً ، لم يعلم بمرضه المرتن حتى مات في يده ، فلا خيار له ، قاله في المعايبة ، قال : لأن الموت بألم حادث ، بخلاف قتل المرتد .

والله أعلم

قرع

الجاني إن لم نصحح بيعه ، فرهنه أولى ، وإلا ، عقولان ، لأن الجناية الطارئة ،
يقدم صاحبها على حق المرتهن ، فالتقدمة أولى . فإن لم نصحح رهنه ، ففداء السيد ،
أو أسقط الجني عليه حقه ، فلا بد من استئناف رهن . وإن صححناه ، فقال المسمودي
والامام : يكون مختاراً للفداء كما لو باعه ، وقال ابن الصباغ : لا يلزمه الفداء ،
بخلاف البيع ، لأن عمل الجناية باقٍ هنا ، والجناية لا تنافي الرهن .

قلت : قال البغوي أيضاً : يكون ملتزماً للفداء . ولكن الأكثرون قالوا كقول
ابن الصباغ ، منهم الشيخ أبو حامد ، والماوردي ، وصاحب المدة ، وغيرهم . قالوا :
هو مخير بين فدائه وتسليمه للبيع في الجناية . فإن فداء ، بقي الرهن ، وإلا يبيع
في الجناية ، وبطل الرهن إن استغرقه الأرض ، وإلا يبيع بقدره ، واستقر الرهن في
الباقى . وإذا قلنا : لا يصح رهن الجاني ، فسواء كان الأرض درهماً ، والمبد يساوي
الوفاء ، أم غير ذلك ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه والأصحاب . وأما إثبات الخيار
للمرتهن في فسخ البيع المشروط فيه رهنه ، ففيه تفصيل في « الحلوي » وغيره .
إن كان عالماً بالجناية ، فلا خيار في الحال . فإن اقتصر منه في طرفه ، بقي رهناً ،
ولا خيار للمرتهن في البيع ، لملته بالميب . وإن قتل قصاصاً ، فإن قلنا : إنه من ضمان
البائع ، فله الخيار كما لو بان مستحقاً . وإن قلنا : من ضمان المشتري ، فلا خيار ،
لأنه معيب علم به ، وإن عفا مستحق القصاص على ماله ، فإن فداء ، بقي رهناً ، ولا
خيار للمرتهن ، وإن يبيع للجناية ، بطل الرهن . وفي الخيار الوجهان . وإن
عفا عن القصاص ، سقط أثر الجناية . أما إذا كان جاهلاً بالجناية ، فإن علم قبل
استقرار حكمها ، يخير . فإن فسخ ، وإلا فيصير عالماً ، وحكمه ما سبق . وإن لم
يعلم إلا بعد استقرار حكمها على قصاص طرف ، لم يبطل الرهن بالقصاص ، لكن

للمرتين الخيار . وإن كان قصاص نفس ، بطل الرهن . وفي الخيار الوجهان . .
وإن استقر حكمها على مال ، فإن فداءه ، كان كالمفو على مال . وإن بيع ، بطل
الرهن . وفي الخيار الوجهان . وإن عفا بلا مال ، سقط أثر الجناية ، ثم إن لم
يتب العبد من الجناية وكان مصرراً ، فهذا عيب ، فلمرتين الخيار . وإن تاب ، فهل
ذلك عيب في الحال ؟ وجهان . فإن قلنا : عيب ، فله الخيار ، وإلا ، فوجهان . أحدهما :
يعتبر الابتداء فيثبته . والآخر : ينظر في الحال ، هذا كلام صاحب « الحاوي » وفيه نقاش .

وانتأعلم

وإذا قلنا : يصح رهن الجاني جناية توجب القصاص ، ولا يصح إذا أوجبت
مالاً ، فلهن والواجب القصاص ، فمما على مال ، فهل يبطل الرهن من أصله ، أم
يكون كجناية تصدر من الرهون حتى يبقى الرهن لو لم يبيع في الجناية ؟ وجهان .
اختر الشيخ أبو محمد أولها . فعلى هذا لو كان العبد حفر بئراً في محل عدوان ،
فمات فيها بعدما رهن إنساناً ، ففي تبين الفساد ، وجهان . والفرق أنه رهن في
الصورة الأولى وهو جانر .

فرع

رهن المدبّر باطل على المذهب ، وهو نصه ، ورجحه الجمهور . فعلى هذا ،
التدبير باقٍ على صحته . وإن صححنا رهنه ، بطل التدبير بناءً على أنه وصية ،
فقد رجع عنها . وقيل : لا يبطل فيكون مدبّراً مرهوناً . فعلى هذا ، إن قضى
الدّين من غيره ، فذاك ، وإن رجع في التدبير وباعه في الدّين ، بطل التدبير .
وإن امتنع من الرجوع ومن يمه ، فإن كان له مال آخر ، أجبر على قضائه منه ،
وإلا فوجهان . أحدهما : يباع في الدّين . والثاني : يحكم بفساد الرهن .

قلت : هذا الذي ذكر حكم المذهب ، ولا يثبت بقوله في « الوسيط » :
ذهب أكثر الأصحاب إلى صحة رهنه ، وإن كان قوياً في الدليل . والله أعلم

قرع

رهن المعلق عتقه بصفة ، له صور .

إحداها : رهنه بدين حال أو مؤجل يتقن حلوله قبل وجود الصفة ، فيصح
وبإعارة في الدين . فإن لم يتفق بيعه حتى وجدت الصفة ، بني على القولين في أن الاعتبار
بالمعلق المطلق بحالة التعليق ، أم بحال وجود الصفة ؟ إن قلنا بالأول ، عتق ، والمرتهن
فسخ البيع المشروط فيه الرهن إن كان جاهلاً .

قلت : هذا الذي جزم به من ثبوت الفسخ للمرتهن على هذا القول ، هو الذي
جزم به صاحب « التهذيب » وجزم صاحب « التتمة » بأنه لا خيار له ، وقد سقط
حقه ، لأن الرهن سلم له ثم بطل فصار كرهته ، والأول : أصح ، وأقبح .

والله أعلم

وإن قلنا بالثاني ، فهو كاعتاق الرهون ، وسنذكره إن شاء الله تعالى .

الثانية : رهنه بدين مؤجل يتقن وجود الصفة قبل حلوله ، فالمذهب : بطلان
الرهن . وقيل : قولان ، وهو ضيف . فملى الصحة : يباع إذا قرب أو ان الصفة ،
ويجمل ثمنه رهناً .

الثالثة : أن لا يتقن تقدم الصفة على الحلول وعكسه ، فالأظهر : بطلانه .
وقيل : باطل قطعاً .

فرع

رهن الثمر على الشجر له حالان .

أحدهما : أن يرهنه مع الشجر . فإن كان الثمر مما يمكن تجفيفه ، صح ، سواء بدا فيها الصلاح ، أم لا ، وسواء كان الدين حالا أو مؤجلاً ، وإن لم يمكن ولم نصحح رهن ما يسرع الفساد ، فالذهب : بطلان رهن الثمر . وفي الشجر قولاً تفريق الصفة . وقيل : يصح فيها قطعاً .

الثاني : رهن الثمر وحده . فإن لم يمكن تجفيفه ، فهو كرهن ما يسرع فساد ، وإلا ، فهو ضربان . أحدهما : يرهن قبل بدو الصلاح . فإن رهن بدين حالٍ وشرط قطعها وبيعها بشرط القطع ، جاز . وإن أطلق ، جاز أيضاً على الأظهر . وإن رهن بمؤجل ، نظر ، إن كان يحل قبل بلوغ الثمر وقت الادراك أو بعده ، فهو كالحال . وإن كان يحل قبل بلوغه وقت الادراك ، فإن رهنها مطلقاً ، لم يصح على الأظهر . وقيل : لا يصح قطعاً كالبيع . وإن شرط القطع ، فقيل : يصح قطعاً . وقيل : على القولين ، وجه المنع : التشبيه بمن باع بشرط القطع بعد مدة .

قلت : المذهب الصحة فيما إذا شرط القطع ، وبه قطع جماعة . والله أعلم

الضرب الثاني : أن يرهن بعد بدو الصلاح ، فيجوز بشرط القطع ومطلقاً . إن رهن بحالٍ أو مؤجل ، هو في منسأه . وإن رهنه بمؤجل يحل قبل بلوغها وقت الادراك ، فعلى ما سبق في الضرب الأول . ومتى صح رهن اثمار على الأشجار ، فمؤنة السقي والجداد والتجفيف على الراهن . فإن لم يكن له شيء ، باع الحاكم جزءاً منها وأنفقه عليها . ولو توافق الراهن والمترهن على ترك السقي ، جاز على الصحيح . وقيل : يحبر عليه كما يحبر على علف الحيوان . وادعى الرواني أنه لا يصح . ولو

أراد أحدهما قطع الثمرة قبل وقت الجداد ، فلآخر الامتناع ، وليس له الامتناع بعد وقت الجداد ، بل يباع في الدين إن حل ، وإلا ، أمسكه رهناً .

فرع

الشجرة التي تثمر في السنة مرتين ، يجوز رهن ثمرها الحاصل بدين حالٍ .
ويعوّل محل قبل اختلاط الثمرة الثانية بالأولى ، وإلا ، فإن شرط أن لا يقطع عند خروج الثانية ، لم يصح . وإن شرط قطعه ، صح . وإن أطلق ، فقولان .
فإن صححنا ، أو رهن بشرط القطع ، فلم يقطع حتى اختلط ، ففي بطلان الرهن قولان كالقولين في البيع إذا عرضت هذه الحالة قبل القبض . والرهن بعد القبض ، كالبيع قبله ، فإن قلنا : يبطل الرهن ، فذاك . وإن قلنا : لا يبطل ، فلو اتفقا قبل القبض ، بطل على الصحيح . وإذا لم يبطل ، فإن رضي الراهن ، يكون الجميع رهناً ، أو توافقا على كون النصف - من الجملة مثلاً - رهناً ، فذاك ، وإن اختلفا في قدر الرهون ، هل هو نصف المختلط ، أو ثلثه ، أو نحو ذلك ؟ فالقول قول الراهن مع يمينه . وقال المزني : قول المرتهن .

فرع

رهن زرعاً بعد اشتداد جبه ، فكبيعه ، إن كان ثرى جباته في سنبله ، صح ، وإلا فلا ، على الأظهر . وإن رهنه وهو بقل ، فكرهن الثمرة قبل بدوٍ الصلاح . وقال صاحب « التلخيص » : لا يجوز قطعاً إن كان الدين مؤجلاً ، وإن صرح بشرط القطع عند المحل ، لأن الزرع لا يجوز بيعه مسنبلاً . وقد يقع الحلول في تلك الحالة ، ولأن زيادة الزرع يطوله ، فهو كثرة تحدث وتختلط .

فصل

لا يشترط كون الرهون ملك الراهن على المذهب، فلو استعاد عبداً لبرهته بدين ، فرهته، جاز . وهل سبيله سبيل الضمان، أم العارية ؟ قولان. أظهرهما : الأول. وممنه : أنه ضمن الدين في رقة عبده . قال الامام : هذا المقد أخذ شياً من ذاء، وشياً من ذاك ، وليس القولان في تحضه عارية أو ضماناً ، وإنما هما في أن المطلب أيها ؟ وقال ابن سريج : إذا جلتناه عارية ، لم يصح هذا التصرف ، لأن الرهن ينبغي أن يلزم بالقبض ، والعارية لا تلزم . فعلى هذا يشترط في الرهون كونه ملك الراهن . والصواب ، ما سبق ، وعليه التفريع . والعارية قد تلزم ، كإعارة للدفن ، ونظائره . ويتفرع على المذهب فروع .

أحدها : لو أذن في رهن عبده ، ثم رجع قبل أن يقبض الرهن ، جاز ، وبعد قبضه : لا رجوع على قول الضمان قطعاً ، ولا على قول العارية على الأصح ، وإلا فلا فائدة في هذا المقد ولا وثوق به . وقال صاحب د التقريب ، إن كان الدين حالاً ، رجع . وإن كان مؤجلاً ، ففي جواز رجوعه قبل الأجل ، وجهان ، كما لو أعار للغراس مدة . ومتى جوزه فرجع ، وكان الرهن مشروطاً في بيع ، فللمرتهن فسخ البيع إن جهل الحال .

الثاني : لو أراد المالك إجبار الراهن على فكه ، فله ذلك بكل حال ، إلا إذا كان الدين مؤجلاً ، وقلنا : إنه ضمان ، وإذا حل الأجل وأمهل الرهن الراهن ، فللمالك أن يقول للمرتهن : إما أن ترد إليّ ، وإما أن تطالبه بالدين ليؤدي فينفك الرهن ، كما إذا ضمن ديناً مؤجلاً ومات الأصيل ، فالضامن أن يقول : إما أن تطالب بحقك ، وإما أن تبرئي .

الثالث : إذا حل المؤجل ، أو كان حالاً ، قال الامام : إن قلنا : إنه ضمان ،

لم يُبْع في حق المرتن ، إن قدر الراهن على أداء الدين إلا بأذن جديد ، وإن كان معسراً ، يبع وإن سخط المالك . وإن قلنا : عارية ، لم يُبْع إلا بأذن جديد ، سواء كان الراهن موسراً ، أو معسراً . ولك أن تقول : الرهن وإن صدر من المالك ، لا يسلط على البيع إلا بأذن جديد ، فإن لم يأذن ، يبع عليه ، فالراجعة لا بد منها . ثم إذا لم يأذن في البيع ، فقياس المذهب أن يقال : إن قلنا : عارية ، عاد الوجهان في جواز رجوعه ، وإن قلنا : ضمان ، ولم يؤد الراهن الدين ، لم يمكن من الانتفاع ، ويباع عليه معسراً كان الراهن أو موسراً ، كما لو ضمن في ذمته ، يطالب موسراً كان الأصل ، أو معسراً ، ثم إذا يبع في الدين بقيمته ، رجع بها المالك على الراهن . وإن يبع بأقل ، بقدر يتقارب الناس بمثله ، فإن قلنا : ضمان ، رجع بما يبع به . وإن قلنا : عارية ، رجع بقيمته ، وإن يبع بأكثر من قيمته ، رجع بما يبع به إن قلنا : ضمان . وإن قلنا : عارية ، فقال الأكثرون : لا يرجع إلا بالقيمة ، لأن العارية بها بضمن . وقال القاضي أبو الطيب : يرجع بما يبع به كله ، لأنه ثمن ملكه وقد صرف إلى دين الراهن ، وهذا أحسن ، واختاره الامام ، وابن الصباغ ، والرويانى .

قلت : هذا الذي قاله القاضي ، هو الصواب ، واختاره أيضاً الشافى وغيره .

والله أعلم

الرابع : لو تلف في يد المرتن ، فإن قلنا : عارية ، لزم الراهن الضمان . وإن قلنا : ضمان ، فلا شيء عليه ، ولا شيء على المرتن بحال ، لأنه مرتن لا مستعير .

ولو تلف في يد الراهن ، قال الشيخ أبو حامد : هو على القولين ، كما لو تلف في يد المرتن ، وأطلق النزالي ، أنه يضمن ، لأنه مستعير .

قلت : المذهب : الضمان . والله أعلم

الخامس : لو جنى في يد المرتن ، فبيع في الجناية ، فإن قلنا : عارية ، لزم الراهن القيمة . قال الامام : هذا إذا قلنا : العارية تضمن ضمان الغصوب ، وإلا ، فلا شيء عليه .

السادس : إذا قلنا : ضمان ، وجب بيان جنس الدين وقدره وصفته في الحلول والتأجيل وغيرهما ، وحكي قول قديم غريب ضعيف : ان الحلول والتأجيل لا يشترط ذكرهما ، والأصح : أنه يشترط بيان من يرهن عنده ، ولا خلاف أنه إذا عين شيئاً من ذلك ، لم يجز مخالفته ، لكن لو عين قدراً فرهن بما دونه ، جاز ، ولو زاد عليه ، فقليل : يبطل في الزائد ، وفي التأذون قولاً تفريق الصفة والمذهب : القطع بالبطلان في الجميع المخالفة . وكما لو باع الوكيل بغير فاحش ، لا يصح في شيء . ولو قال : أعزني لأرهته بألف ، أو عند فلان ، كان ذلك كتنقييد المير على الأصح .

قلت : وإذا قلنا : عارية ، فله أن يرهن عند الإطلاق بأي جنس شاء ، وبالحال والمؤجل . قال في « التتمة » ، لكن لا يرهنه بأكثر من قيمته ، لأن فيه ضرراً . فانه لا يمكنه فكه إلا بقضاء جميع الدين . ولو أذن في حال فرهنه بمؤجل ، لم يصح كملكه ، لأنه لا يرضى أن يحال بينه وبين عبده إلى أجل . والله أعلم

السابع : لو أعتقه المالك ، إن قلنا : ضمان ، فقد حكى الامام عن القاضي : أنه ينفذ ويوقف فيه . وفي « التهذيب » ، أنه كاعتاق المرهون ، وإن قلنا : عارية ،

قال القاضي : فكاعتاق المرهون ، وهذا تفريع على لزوم هذا الرهن على قول العارية . وفي « التهذيب » أنه يصح ويكون رجوعاً ، وهو تفريع على عدم اللزوم .
الثامن : لو قال مالك العبد : ضمنت ما لفلات عليك في رقبة عبدي هذا ، قال القاضي : صح ذلك على قول الضمان ، ويكون كالأعارة للرهن . قال الامام : وفيه تردد من جهة أن المضمون له لم يقبل ، ويجوز أن يعتبر القبول في الضمان المطلق بالأعيان ، تقريباً له من المرهون ، وإن لم يعتبر ذلك في الضمان المطلق في الذمة .
التاسع : لو قضى المعير الدين بمال نفسه ، انفك الرهن ، ثم رجوعه على الراهن يتعلق بكون القضاء باذن الراهن أم بغيره ، وستوضحه في باب الضمان إن شاء الله تعالى . فلو اختلفا في الاذن ، فالقول قول الراهن ، ولو شهد المرتين للمعير ، قبلت شهادته لعدم التهمة . ولو رهن عبده بدين غيره دون إذنه ، جاز ، وإذا بيع فيه ، فلا رجوع .

الركن الثاني : المرهون به ، وله ثلاثة شروط .

أحدها : كونه ديناً ، فلا يصح بالأعيان المضمونة بحكم العقد ، كالبيع ، أو بحكم اليد ، كالنصب ، والمستعار ، والمأخوذ على جهة السوم ، وفي وجه ضعيف : يجوز كل ذلك .

الثاني : كونه ثابتاً ، فلا يصح بمالم يثبت ، بأن رهنه بما يستقرضه ، أو بشئ ما سيشتريه . وفي وجه شاذ : يصح إن عين ما يستقرضه . وفي وجه : لو ترأهنا بائنين ، ثم لم يتفرقا حتى تبايعا ، صح الرهن إلحاقاً للحاصل في المجلس بالمقارن ، والصحيح : الأول . فعلى الصحيح : لو ارتهن قبل ثبوت الحق وقبضه ، كان مأخوذاً على جهة سوم الرهن . فإذا استقرض أو اشترى منه ، لم يصر ديناً إلا برهن جديد . وفي وجه ضعيف : يصير . ولو امتزج الرهن وسبب ثبوت الدين ، بأن قال : بعتك هذا بألف ، وارتهنت هذا الثوب به ، فقال : اشتريت ورهنت ، أو قال :

أقرضتك هذه الدرام ، وارتهنت بها عبدك ، فقال : استقرضتها ورهنته ، صح الرهن على الأصح ، وهو ظاهر النص . ولو قال البائع : ارتهنت وبمت ، وقال المشتري : اشتريت ورهنت ، لم يصح لتقدم أحد شقي الرهن على شقي البيع . وكذا لو قال : ارتهنت وبمت ، وقال المشتري : رهنت واشتريت ، لتقدم شقي الرهن على شقي البيع ، فالشرط أن يقع أحد شقي الرهن بين شقي البيع ، والآخر بعد شقي البيع . ولو قال : بني عبدك بكذا ورهنت به هذا الثوب ، فقال : بمت وارتهنت ، بني على الخلاف في مسألة الإيجاب والاستيجاب . ولو قال : بني بكذا على أن ترهنتي دارك ، فقال : اشتريت ورهنت ، فوجهان . أحدهما ، يتم المقدم بما جرى . قال في « النعمة » هو ظاهر النص . والثاني ، قاله القاضي : لا يتم ، بل يشترط أن يقول بعده : ارتهنت أو قبلت ، لأن الذي وجد منه شرط إيجاب الرهن لا استيجابه ، كما لو قال : أفضل كذا لتبيني ، لا يكون مستوجبا للبيع ، وهذا أصح عند صاحب « التهذيب » والأولى أن يفرق ، فإنه لم يصرح في القيس عليه بالتمسك ، وإنما أخبر عن السبب الداعي له إلى ذلك الفعل ، وهنا باع وشرط الرهن ، وهو يشتمل على التمسك ، أو أبلغ منه .

الشرط الثالث : كونه لازماً . والديون الثابتة ضربان . أحدهما : مالا يصير لازماً بحال ، ككنجوم الكتابة ، فلا يصح الرهن به ، والآخر غيره . وهو نوعان . لازم في حال الرهن ، وغير لازم . فالأول يصح الرهن به ، سواء كان مسبوقاً بحالة الجواز ، أم لا ، وسواء كان مستقراً ، كالقرض وأرض الجناية ، وثن البيع المقترض ، أو غير مستقر ، كالثمن قبل قبض المبيع ، والأجرة قبل استيفاء المنفعة والصادق قبل الدخول . وأما الثاني : فينظر، إن كان الأصل في وضعه اللزوم ، كالثمن في مدة الخيار ، صح الرهن به أيضاً ، لقربه من اللزوم ، قال الامام : وهذا مفرع على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع ، فأما إذا جملناه مانعاً ، فالظاهر منع الرهن ، لوقوعه قبل ثبوت الدين ، ولا شك أنه لا يباع المرهون في الثمن مالم

يمض مدة الخيار . أما ما كان أصل وضعه على الجواز ، كالجعل في الجمالة بعد الشروع في العمل ، وقبل تمامه ، فلا يصح الرهن به على الأصح . وإن كان بعد الفراغ من العمل ، صح قطعاً ، لازومه . وإن كان قبل الشروع ، لم يصح قطعاً ، لعدم ثبوته ، وعدم تعيين المستحق .

قلت : هذا الذي جزم به الامام الرافعي هو الصواب ، لكن ظاهر كلام كثيرين من الأصحاب ، أو أكثرهم ، إجراء الوجهين قبل الشروع في العمل ، لاسيما عبارة الوسيط ، وتعليله . والله أعلم

أما المسابقة ، فإن جعلناها كالأجارة ، أو كالجمالة ، فلها حكمها .

فرع

يصح الرهن بالمنافع المستحقة بالأجارة إن وردت على الذمة ، ويساع المرهون عند الحاجة ، وتحصل المنفعة من ثمنه ، وإن كانت إجارة عين ، لم يصح ، لفوات الشرط الأول .

فرع

لا يصح رهن الملاك (١) بالزكاة ، والمأقلة بالدية قبل تمام الحول ، لفوات الشرط الثاني ، ويجوز بعهده .

فرع

التوثق بالرهن والضمان شديد التقارب ، فما جاز الرهن به ، جاز ضمانه ،

(١) في شرح الوجيز : رهن الفلأل .

وكذا عكسه إلا أن ضمان المدة جائز . ولا يجوز الرهن به . هذا هو المذهب وحكي وجهه : أنه لا يصح ضمان المدة . ووجهه عن القفال : أنه يصح الرهن بها . قلت : كذا قاله الشيخ أبو حامد في « التعليق » والفزالي في « الوسيط » ، ما صح ضمانه ، صح الرهن به إلا في مسألة المدة ويستثنى أيضاً ، أن ضمان رد الأعيان المضمونة ، صحيح على المذهب بها ، باطل على الصحيح ، ومن استثنى الفزالي في « البسيط » . والله أعلم

فصل

يجوز أن يرهن بالدين الواحد رهناً بعد رهن ، ثم هو كما لو رهنها معاً . ولو كان الشيء مرهوناً بشرة ، وأقرضه عشرة أخرى على أن يكون مرهوناً بها أيضاً ، لم يصح على الجديد الأظهر . فإن أراد ذلك ، فطريقه أن يفسخ المرتهن الرهن الأول ، ثم يرهنه بالجميع . ولو جنى المرهون ، ففداه المرتهن باذن الراهن ليكون مرهوناً بالدين ، والفداء ، صح على المذهب وهو نصه ، لأنه من مصالح الرهن ، فانه يتضمن إبقائه . وقيل : فيه القولان . ولو اعترف الراهن أنه مرهون بعشرين ، ثم ادعى أنه رهنه أولاً بعشرة ثم بعشرة ، وقلنا : لا يجوز ، ونازعه المرتهن ، فالقول قول المرتهن مع يمينه ، لأن اعتراف الراهن ، يقوي جانبه . ولو قال المرتهن في جوابه : فسخنا الرهن الأول ، واستأنفنا بالعشرين رهناً ، فهل القول قول المرتهن لاعتضاده بقول الراهن رهن بعشرين ، أم قول الراهن ، لأن الأصل عدم الفسخ ؟ وجهان ، ميل الصيدلاني إلى أولهما ، وصحح صاحب « التهذيب » الثاني ، ورتب عليه فقال : لو شهد شاهدان أنه رهنه بألف ، ثم بألفين ، لم يحكم بأنه رهن بألفين ، ما لم يصرحاً بأن الثاني كان بعد فسخ الأول .

فرع

رهن بعشرة ثم استقرض عشرة ليكون رهناً بها ، وأشهد شاهدين أنه رهن بالمشرين ، فإن لم يعلم الشاهدان الحال وتقلا ما سما ، فهل يحكم بكونه رهناً بالمشرين ، إذا كان الحاكم يعتقد القول الجديد ، وجهان . وإن عرفا الحال ، فإن كانا يعتقدان جواز اللاحق ، فهل لهما أن يشهدا بأنه رهن بالمشرين ، أم عليها بيان الحال ؟ وجهان .

قلت : أصحهما : لا يجوز ، لأن الاجتهاد إلى الحاكم ، لا إليهما . والله أعلم

وإن كانا يعتقدان منع اللاحق ، لم يشهدا إلا بما جرى باطناً على الصحيح . وهذا التفصيل ، فيما إذا شهدا بنفس الرهن ، وفيه صور الجمهور : فإن شهدا على إقرار الراهن ، فالوجه تجويزه مطلقاً .

قلت : كذا أطلق الجمهور هذا التفصيل ، وقال صاحب « الحاوي » : إن كان الشاهدان مجتهدين ، ففيه التفصيل ، وإن كانا غير مجتهدين ، لم يجز مطلقاً ، ولزمها شرح الحال . ولو مات وعليه دين مستغرق ، فرهن الوارث التركة عند صاحب الدين على شيء آخر أيضاً ، ففي صحته الوجهان بناءً على القولين . والله أعلم

الركن الثالث : الصيغة ، فيعتبر الإيجاب والقبول ، اعتبارهما في البيع ، والخلاف في المعاطاة والاستيجاب والإيجاب عائد كله هنا .

فرع

الرهن قسماً . أحدهما : مشروط في عقد ، كمن باع ، أو أجر ، أو أسلم ، أو زوج بشرط الرهن بالثمن ، أو الأجرة ، أو السلم فيه ، أو الصداق . والقسم

الثاني : ما لم بشرط، ويسمى : رهن التبرع ، والرهن المبتدأ . فالأول ، كبيعك داري بكذا على أن ترهني به عبدك ، فقال : اشتريت ورهنت ، وقد ذكرنا خلافاً في أنه يتم الرهن بهذا ، أم لا بد من قوله بعه . ارتهنت ، فعلى الأول يقوم الشرط مقام القبول ، كما يقوم الاستيجاب مقامه ، وحكي وجه : أنها إذا شرطاً الرهن في نفس البيع ، صار مرهوناً من غير استئناف رهن ، ويقام التشارط مقام الإيجاب والقبول .

فرع

الشرط في الرهن ضربان . أحدهما : شرط يقتضيه ، فلا يضر ذكره في رهن التبرع ، ولا في الرهن المشروط في عقد ، كقوله : رعتك على أن تباع في دينك ، أو لا تباع إلا باذنك ، أو يتقدم به على الغرماء . والثاني : ما لا يقتضيه ، وهو إما متعلق بمصلحة العقد ، كالإشهاد ، وإما لا غرض فيه ، كقوله : بشرط أن لا يأكل إلا الهريسة ، وجكها كما سبق في كتاب البيع . وأما غيرها ، وهو نوعان . أحدهما : ينفع المرتن ويضر الراهن ، كشرط النافع أو الزوائد للمرتن ، فالشرط باطل ، فإن كان رهن تبرع ، بطل الرهن أيضاً على الأظهر ، وإن كان مشروطاً في بيع ، نظر ، إن لم يجرّ جهالة الثمن ، بأن شرط في البيع رهناً على أنه يبقى بعد قضاء الدين محبوساً شهراً ، فسد الرهن على الأظهر . وفي فساد البيع القولان فيما إذا شرط عقداً فاسداً في بيع ، فإن صححنا البيع ، فللبائع الخيار ، صح الرهن أم فسد ، لأنه وإن صح ، لم يسلم له الشرط ، وإن جرّ جهالة ، بأن شرط في البيع رهناً تكون منافاه للمرتن ، فالبيع باطل على المذهب . وقيل : هو كالذي لا يجرّ جهالة ، ثم البطلان فيما إذا أطلق المنفعة . فلو قيدها فقال : ويكون منفعتها لي سنة مثلاً ، فهذا جمع بين بيع وإجارة في صفقة ، وفيه خلاف سبق .

النوع الثاني : ينفع الراهن ويضر المرتهن، كرهنتك بشرط أن لا يباع في الدين، أو لا يباع إلا بعد الحل بشهر أو بأكثر من ثمن المثل ، أو برضاي ، فالرهن باطل، كذا قطع به الأصحاب . وعن ابن خيران: أنه قال : يجيء في فساد القولان، وهو غريب . والنصواب الأول ، فلو كان مشروطاً في بيع ، عاد القولان في فساد بفساد الرهن ، فإن لم يفسد ، فللبائع الخيار .

فرع

زوائد الموهون غير مرهونة ، فلو رهن شجرة أو شاة بشرط أن تحدث الثمرة أو الولد مرهوناً ، لم يصح الشرط على الأظهر . وقيل : قطعاً، لأنه مجهول معدوم، فإن صححنا ، ففي اكساب العبد إذا شرط كونها مرهونة وجب . إن صحها : المنع ، لأنها ليست من أجزاء الأصل . وإن أفسدنا ، ففي صحة الرهن قولان . فإن كان شرطاً في بيع ، وصححنا الشرط ، أو أبطلناه وصححنا الرهن ، صح البيع ، وللبائع الخيار ، وإلا ففي صحة البيع القولان . وإذا اختصرت ، قلت : فيه أربعة أقوال .

أحدها : بطلان الجميع . والثاني : صحة الجميع . والثالث : صحة البيع فقط . والرابع : صحته مع الرهن دون الشرط .

قلت : هذا الرابع ، هو النصوص ، كذا قاله في « الشامل » . والله أعلم

فرع

أقرضه بشرط أن يرهن به شيئاً يكون منافعه للمقرض ، فالقرض باطل . فلو

شرط كون المذافع مرهونة ، فالشرط باطل ، والقرض صحيح ، لأنه لا يجوز نفعاً وفي صحة الرهن القولان .

فرع

لو قال: أقرضتك هذا الألف بشرط أن ترهن به ، وبالألف الذي لي عليك كذا أو بذلك الألف وحده ، فالقرض فاسد . ولو قال المستقرض : أقرضني ألفاً على أن أرهن به ، وبالألف القديم ، أو بالقديم فقط كذا ، فالأصح فساد القرض . ولو باع بشرط أن يرهن بالثمن والدين ، أو بالدين رهناً ، بطل البيع كما سبق . فلو رهن المستقرض ، أو المشتري كما شرط ، فإن علم فساد الشرط ، نظر ، إن رهن بالألف القديم ، صح ، وإن رهن بهما ، لم يصح بالألف الذي فسد قرضه ، لأنه لم يملكه ، وإنما هو مضمون في يده ، والأعيان لا يرهن بها . وفي صحته في الألف القديم قولاً تفرق الصفقة . فإن صحح ، لم يوزع ، بل كله مرهون بالألف القديم ، لأن وضع الرهن على توثيق كل بعض من [أبعض] الدين بجميع الرهون . فلو تلف الألف الذي فسد قبضه في يده ، صار ديناً في ذمته ، وصح الرهن بالألفين حينئذ . وإن ظن صحته ، فإن رهن بالقديم ، فوجهان . قال القاضي : لا يصح ، وقال الشيخ أبو محمد وغيره : يصح .

قلت : قول الشيخ أبي محمد ، هو الأصح ، واختاره الامام ، والنزالي في « البسيط » وزيف الامام قول القاضي . والله أعلم

ولو رهن بالألفين وقلنا : الصفقة تفرق ، فصحته بالألف القديم على هذا الخلاف . وكذا لو باع بشرط بيع آخر ، فأنشأ ظاناً صحة المقدم ، وقد سبق هذه الصورة في بابها .

فصل

سبق ذكر الخلاف في دخول الأبنية والأشجار في الرهن تحت اسم الأرض ، وفي دخول المرس تحت رهن الشجرة ، والأس تحت الجدار ، خلاف مرتب على البيع ، و[الرهن] أولى بالنفع لضعفه . ولا تدخل الثمرة المؤبرة تحت رهن الشجرة قطعاً ، ولا غير المؤبرة على الأظهر . وقيل : قطعاً . ولا يدخل البناء بين الأشجار تحت رهن الأشجار ، إن كان بحيث يمكن إفراده بالانتفاع . وإن لم ينتفع به إلا بتبعية الأشجار ، فكذلك على المذهب . وقيل : فيه الوجهان كالمرس . ويدخل في الأشجار ، الأغصان ، والأوراق ، لكن الذي يفصل غالباً ، كأغصان الخلاف ، وورق الآس ، والفرصاد ، فيه القولان في الثمرة غير المؤبرة ، وفي اندراج الجنين تحت رهن الحيوان خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى . والبن في الضرع لا يدخل على المذهب ، ولا يدخل الصوف على الظهر . وقيل : يدخل قطعاً . وقيل : إن كان قد بلغ أوان الجز لم يدخل ، وإلا دخل .

فصل

قال : رهنتك هذه الخريطة بما فيها ، أو هذا الحق بما فيه ، فإن كان ما فيها معلوماً مرئياً ، صح الرهن في الظرف والظروف ، وإلا ، لم يصح في الظروف . وفي الخريطة والحق قولاً الصفقة . وأما نصه في المختصر ، على الصحة في الحق ، وعدمها في الخريطة ، فسيبه أنه فرض السألة في حق له قيمة تقصد بالرهن ، وفي خريطة ليست لها قيمة تقصد بالرهن ، وحيث أن يكون المقصود ما فيها . ولو كان اللفظ مضافاً إلى ما فيها جميعاً ، وكان ما فيها بحيث لا يصح الرهن فيه ،

بطل فيها جميعاً ، وفي وجهه : يصح فيها وإن كانت قليلة القيمة اعتباراً باللفظ .
ولو عكست التصوير في الحق والخريطة ، كان الحكم بعكس ، كما نص عليه بلافق .
ولو قال : رهنتك الظرف دون ما فيه ، صح الرهن فيه مها كان له قيمة . فان
قلت : لأنه إذا أفردته فقد وجه الرهن نحوه ، وجعله المقصود . وإن رهن الظرف
ولم يتعرض لما فيه نفيًا ولا إثباتاً . فان كان بحيث يقصد بالرهن وحده ، فهو الرهون
لا غير ، وإن كان لا يقصد منفرداً لكنه متمول ، فهل الرهون الظرف فقط ؟
أو مع الظروف ؟ وجهان . أصحابها : أولهما . ويجيء على قياسه وجهان إذا لم
يكن متمولاً ، لأن الرهن ينزل على المظروف أم يلغى .

قلت : قال إمام الحرمين ، والنزالي في « البسيط » كما ذكرناه في الرهن ،
يجري مثله في البيع حرفاً حرفاً ، فيما إذا قال : بتك الخريطة بما فيها ، أو وحدها ،
أو الخريطة ، لأن مأخذه اللفظ . والله أعلم

الركن الرابع : الماقدان ، فيعتبر فيها التكليف ، لكن الرهن تبرع . فان
صدر من أهل التبرع فيما له ، فذاك ، وإلا فالشرط وقوعه على وفق المصلحة
والاحتياط ، فزهن الولي مال الصبي ، والمجنون ، والمجور عليه لفسه ، وارتدائه
لهم ، مشروطان بالمصلحة والاحتياط ، فمن صور الرهن للمصلحة ، أن يشتري
للطفل ما يساوي مائتين بمائة نسيت ، ويرهن به ما يساوي مائة من ماله ، فيجوز
لأنه إن لم يعرض تلف ، ففيه غبطة ظاهرة . وإن تلف الرهون ، كان في المشتري
ما يجبره . ولو امتنع البائع إلا برهن ما يزيد على مائة ، ترك هذا الشراء ، لأنه
ربما تلف الرهون . فان كان بما لا يتلف في العادة كالعقار ، فالذهب أنه لا يجوز .
وعن الشيخ أبي محمد ميل إلى جوازه . ومنها إذا وقع نهب أو حريق ، وخاف
الولي على ماله ، فله أن يشتري عقاراً ، ويرهن بالثمن شيئاً من ماله إذا لم يمكن

ادائه في الحال ، ولم يبع صاحب المقار عقاره إلا بشرط الرهن . ولو اقترض له والحالة هذه ، ورهن به ، لم يجوز ، قاله الصيدلاني ، لانه يخاف التلف على ما يقرضه خوفه على ما يرهنه . ولك أن تقول : إن لم يجد من يستودعه ، ووجد من يرتنه ، والمرهون أكثر قيمة من القرض ، وجب أن يجوز رهنه . ومنها أن يقترض له لحاجته إلى النفقة ، أو الكسوة ، أو لتوفية ما لزمه ، أو لاصلاح ضياعه أو مرمتها ارتقاباً لفلتها ، أو لانتظار حلول دين له مؤجل ، أو نفاق متاعه الكاسد فإن لم يرتقب شيئاً من ذلك ، فبيع ما يريد رهنه أولى من الاستقراض . وحكي وجه شاذ : أنه لا يجوز رهن مال الصبي بحال ، وليس بشيء . وأما الارتهان ، فمن صور المصلحة فيه ، أن يتعذر على الولي استيفاء دين الصبي ، فيرتن به إلى تيسيره . ومنها أن يكون دينه مؤجلاً بأن ورثه كذلك . ومنها أن يبيع الولي ماله مؤجلاً بقبضة ، فلا يكفي ييسار المشتري ، بل لا بد من الارتهان بالثمن . وفي النهاية ، إشارة إلى خلاف ذلك ، أخذاً من جواز إبطاع ماله . وإذا ارتهن جاز أن يرتن بجميع الثمن على الصحيح . وفي وجه : يشترط أن يستوفي ما يساوي المبيع نقداً ، وإنما يرتن ويؤجل بالنسيئة للفاضل .

قلت : هذا الوجه حكاه بعض المراقين عن الاصطخري . وقول الغزالي : إنه مذهب المراقين ، ليس بجيد ، ولا ذكر لهذا الوجه في معظم كتب المراقين . وإنما اشتهر الخلاف عندهم ، فيما إذا باع ما يساوي مائة نقداً ، ومائة وعشرين نسيئة بجائة وعشرين نسيئة ، وأخذ بالجميع رهناً ، ففيه عندهم وجهان . الصحيح وظاهر النص ، وقول أكثرهم : انه صحيح . قال صاحب الحاوي ، ، وشيخه الصيمري ، وصاحب البيان ، وآخرون من المراقين : فإذا جوزنا البيع نسيئة ، فشرطه كون المشتري ثقة موسراً ، ويكون الأجل قصيراً . قال : واختلفوا في حد الأجل الذي لا تجوز الزيادة عليه ، فقيل : سنة . وقال الجمهور : لا يتقدر بالسنة ،

بل يعتبر عرف الناس . ويشترط كون الرهن وافياً بالثمن ، فان فقد شرط من هذه ، بطل البيع ، وبإزمه أن يشهد عليه ، فان ترك الاشهاد ، ففي بطلان البيع وجهان .

والله اعلم

ومنها أن يقرض ماله أو يبيعه لضرورة نهب ، ويرتهن به ، قال الصيدلاني :
والأولى أن لا يرتهن إذا خيف تلف المرهون ، لأنه قد يتلف ويرفعه إلى حاكم يرى سقوط الدين بتلف الرهن ، وحيث جاز الرهن ، فشرطه أن يرهن عند أمين يجوز إيداعه . وسواء في ذلك كان الولي أباً ، أو جداً ، أو وصياً ، أو حاكماً ، أو أمينه . لكن حيث جاز الرهن أو الارتهان ، جاز للأب والجد أن يعاملا به أنفسهما ، ويتوليا الطرفين ، وليس لغيرهما ذلك ، وإذا تولى الأب الطرفين ، فقبضه وإقباضه سنذكرهما قريباً في رهن الوديعة عند المودع إن شاء الله تعالى .

فصل

رهن المكاتب وارتثانه ، جائزان بشرط المصلحة والاحتياط ، كما ذكرنا في الصبي . وتفصيل صور الارتهان ، كما سبق في الصبي . وقيل : لا يجوز أن يستقل بالرهن ، وبإذن السيد قولان ، تنزيلاً لرهنه منزلة تبرعه . وقيل : لا يجوز استقلاله بالبيع فسيئة بحال ، وبإذن السيد القولان .

فصل

الماله

المأذون إذا دفع إليه سيده مالا ليتجر فيه ، فهو كالمكاتب إلا في شيئين . أحدهما : أن رهنه أولى بالثمن ، لكون الرهن ليس من عقد التجارة . والثاني : له البيع

نسيئة باذن سيده بلا خلاف . فان قال له : اتجر بجاهك ، ولم يدفع إليه مالا ، فله البيع والشراء في الذمة حالا ومؤجلا ، وكذا الرهن والارتهان ، إذ لا ضرر على سيده . فان فضل في يده مال ، كان كما لو دفع إليه مالا .

قلت : قوله : إن رهنه أولى بالنفع ، يعني ما منعه في المكاتب فها أولى ، ومالا ، فوجهان . وهذا ترتيب الامام ، وقطع الشيخ أبو حامد وصاحبنا « الشامل » و « التهذيب » بأنه كالمكاتب . والله أعلم

الباب الثاني

في حكم القبض والطوارئ قبله

القبض ركن في لزوم الرهن . ولو رهن ولم يقبض ، فله ذلك . فان كان شرط في بيع ، فلبائع الخيار . ثم من صح ارتهانه ، صح قبضه . وتجري النيابة في القبض جريانها في العقد ، لكن لا يصح أن يستنيب الراهن ، ولا عبده ومدبره ، وأم ولده قطعاً ، ولا عبده المأذون على أصح الأوجه . وفي الثالث : إن ركبته ديون ، صحت استنابته ، لانقطاع سلطة السيد عما في يده كالمكاتب ، وإلا ، فلا ، وتصح استنابة المكاتب ، لاستقلاله باليد والتصرف .

فصل

صفة القبض هنا في العقار والمنقول ، كما سبق في البيع ، ويترد الخلاف في كون التخلية في المنقول قبضاً ، وعن القاضي : القطع بأنها لا تكفي هنا ، لأن القبض مستحق هناك .

فرع

أودع عند رجل مالاً ، ثم رهنه عنده ، فظاهر نفيه : أنه لا بد من إذن جديد في القبض ، ولو وهبه له ، فظاهر نفيه : حصول القبض بلا إذن في القبض ، والأصحاب طرق . أصحابها : فيها قولان ، أظهرهما : اشتراط الاذن فيها . والطريق الثاني : تقرير النصين ، لأن الرهن توثيق ، وهو حاصل بنير القبض ، والمهبة تمليك ، ومقصوده الاستفاد ، ولا يتم ذلك إلا بالقبض ، فكانت المهبة لمن في يده رضاء بالقبض . والثالث : القطع باعتبار الاذن فيها ، قاله ابن خيران . وسواء شرط الاذن الجديد ، أم لا ، فلا يلزم المقدم مالم يمض زمان يتأتى فيه صورة القبض . لكن إذا شرط الاذن ، فهذا الزمان يعتبر من وقت الاذن . وإن لم يشترطه ، فمن وقت المقدم . وقال حرمة : لا حاجة إلى مضي هذا الزمان ، ويلزم المقدم بنفسه ، والصحيح الأول .

قلت : قوله : قال حرمة معناه : قال حرمة مذهباً لنفسه ، لا نقلاً عن الشافعي رضي الله عنه ، كذا صرح به الشيخ أبو حامد وآخرون . وإنما نبهت على هذا ، لئلا يفتقر بعبارة صاحب « المذهب » ، فإنها صريحة ، أو كالصريحة ، في أن حرمة نقله عن الشافعي رضي الله عنه ، فحصل أن المسألة ذات وجهين ، لا قولين . والله أعلم

فعلى الصحيح ، إن كان الرهون منقولاً غائباً ، اعتبر زمان يمكن المصير فيه إليه ونقله . وهل يشترط مع ذلك نفس المصير ومشاهدته ؟ فيه أوجه . أصحابها : لا . والثاني : نعم . والثالث : إن كان مما يشك في بقاءه ، كالحيوان ، فإنه معرض للآفات ، اشترط . وإن تيقن بقاءه ، فلا ، فإن شرطنا الحضور والشاهدة ، فالذهب

أنه لا يشترط مع ذلك نقله ، فإن شرطنا النقل ، أو المساعدة ، فهل يصح التوكيل فيه ؟ فيه وجهان . أصحابها : الصحة ، كابتداء القبض . والثاني : لا ، لأن ابتداء القبض له ، فليمنه .

فرع

لو ذهب ليقبضه ، فوجده قد ذهب من يده ، نظر ، إن أذن له في القبض بعد العقد ، فله أخذه حيث وجده ، وإلا ، لم يأخذه حتى يقبضه الراهن ، سواء شرطنا الاذن الجديد ، أم لا ، كذا قاله ابن عبدان ، وكأنه صورّه فيما إذا علم خروجه من يده قبل العقد . أما إذا خرج بعده ولم يشترط الاذن الجديد ، فقد جملنا الرهن بمن هو في يده إذناً في القبض ، فليكن كما لو استأنف إذناً .

فرع

إذا رهن الأب مال الطفل عند نفسه ، أو ماله عند الطفل ، ففي اشتراط مضي زمان يمكن فيه القبض ، وجهان . فإن شرطناه ، فهو كرهن الوديعة عند المودع ، فيمود الخلاف المذكور . وقصد الأب قبضاً وإقباضاً ، كالاذن الجديد هناك .

فرع

إذا باع المالك الوديعة ، أو العارية بمن في يده ، فهل يعتبر زمان إمكان القبض لجواز التصرف وانتقال الضمان ؟ وجهان . أصحابها : نعم . ثم اشتراط المشاهدة

والنقل ، كما سبق في الرهن والهبة ، فعلى هذا ، هل يحتاج إلى إذن في القبض ؟
نظر ، إن كان الثمن حالاً ولم يوفه ، لم يحصل القبض إلا باذن البائع ، فان وفاه
أو كان مؤجلاً ، فالذهب : أنه لا يحتاج إليه ، وبهذا قطع الجمهور . وقيل : هو
كالرهن ، والفرق على المذهب : أن القبض مستحق في البيع ، فكفى دوامه .

فرع

إذا رهن المالك ماله عند الغاصب ، أو المستعير ، أو المستام ، أو الوكيل ،
صح . والقول في اختصار لزومه إلى مضي زمان يتأثى فيه القبض ، وإلى إذن جديد
في القبض ، على ما ذكرناه في رهن الوديعة عند المودع . وقيل : لا بد في الغصب
من إذن قطعاً ، لعدم الإذن في أول اليد . وإذا رهن عند الغاصب ، لا يبرأ من
الضمان ، فان أراد البراءة ، رده إلى الراهن ، ثم له الاسترداد بحكم الارتهان .
فان امتنع الراهن من قبضه ، فله إجباره . ولو أراد الراهن إجبار المرتهن على رده
إليه ، ثم يرده هو عليه ، لم يكن له ذلك على الأصح ، وبه قال القاضي ، إذ
لا غرض له في براءة ذمة المرتهن . وإن أودعه عند الغاصب ، برئ على الأصح ،
لأن مقصود الإيداع ، الائتمان ، والضمان والأمانة لا يجتمعان ، فانه لو تمدى في
الوديعة ، لم يبق أميناً ، بخلاف الرهن ، فانه يجتمع هو والضمان ، فانه لو تمدى في
الرهن ، صار ضامناً وبقي الرهن . والاجارة ، والتوكيل ، والقراض على المال
المضروب ، وتزويجه للجارية التي غصبها لا يفيد البراءة على المذهب . ولو صرح ببراء
الغاصب من ضمان الغصب ، والمال باقٍ في يده ، ففي براءته ومصير يده يد أمانة ،
وجبان . أصحابها : لا يبرأ .

قلت : قطع صاحب «الحاوي» بأنه يبرأ ، وصححه البهوي ، قال صاحباه الشامل ،
والمذهب : هو ظاهر النص . والله أعلم

فرع

لو رهن الماريئة عند المستعير ، أو المقبوض بالسوم، أو بشراء فاسد عند قابضه، لم يبرأ على الأصح .

قلت : قال صاحب « الشامل » : إذا رهن الماريئة عند المستعير ، لم يزل ضمانها، وكان له الانتفاع بها . فإن منعه الانتفاع ، ففي زوال الضمان وجهان . وقال في « الحاوي » : في بطلان الماريئة وجهان . أحدهما : لا تبطل ، وله الانتفاع . فعلى هذا ، يبقى الضمان . والثاني : تبطل المارية ، وليس له الانتفاع ، ويسقط الضمان .

والله أعلم

فصل

في الطوارئ المؤثرة في العقد قبل القبض

وهي ثلاثة أنواع .

الأول : ما ينشؤه الراهن من التصرفات، فكل مزيل للملك، كالبيع، والاعتاق، والاصداق ، وجعله أجرة، والرهن، والهبة مع القبض والكتابة ، والوطء مع الاحبال . يكون رجوعاً عن الرهن إذا وُجد قبل القبض . والتزويج، والوطء بلا إحبال، ليس برجوع ، بل رهن المزوجة ابتداءً جائز . وأما الاجارة ، فإن جوّزنا رهن المستأجر وبيعه ، فليس^(١) برجوع ، وإلا ، فرجوع على الأصح . والتدبير، رجوع على الصحيح النصوص .

قلت : قال أصحابنا المراقبون وصاحب « التتمة » : إن كانت الاجارة إلى مدة . تنقضي قبل محيل الدين ، لم يكن رجوعاً قطعاً ، وإلا فعلى الخلاف والبناء المذكور .

(١) في نسخ الظاهرية : فليست .

والأصح على الجملة: أنها ليست رجوعاً مطلقاً ، ونص عليه في « الأم » ، وقطع به الشيخ أبو حامد والبنوي . والله أعلم

النوع الثاني : ما يمرض للمتصادقين ، فإن مات أحدهما قبل القبض ، فنص : أنه يبطل بموت الراهن دون المرتهن ، وفيها طرق . أصحها . فيها قولان . أظهرهما : لا يبطل فيها ، لأن مصيره إلى الزوم ، فلا يبطل بموتها كالبيع . والثاني : يبطل ، لأنه جائز ، فبطل كالوكالة . والطريق الثاني : تقرير النصين ، لأن المرهون بعد موت الراهن ، ملك لوارثه . وفي إبقاء الرهن ضرر عليهم ، وفي موت المرتهن يبقى الدين والوارث محتاج إلى الوثيقة حاجة ميتة . والثالث : القطع بعدم البطلان فيها . فإذا قلنا بالقولين ، فقيل : هما مختصان برهن التبرع . فأما المشروط في بيع ، فلا يبطل قطعاً لتأكده . والمذهب : طردهما في النوعين ، وبه قال الجمهور . فإذا أبقينا الرهن ، قام وارث الراهن مقامه في الإقباض ، ووارث المرتهن في القبض ، وسواء أبطلناه أم لا ، ولم يتحقق الوفاء بالرهن المشروط ، ثبت الخيار في فسخ البيع . ولو جن أحدهما ، أو أغمى عليه قبل القبض ، فإن قلنا : لا يبطل بالموت ، فهذا أولى ، وإلا ، فوجهان . فإن لم نبطله ، فجن المرتهن ، قبض من ينظر في ماله . فإن لم يسلمه الراهن وكان مشروطاً في بيع ، فعل ما فيه المصلحة من الفسخ والاجازة . وإن جن الراهن ، فإن كان مشروطاً في بيع ، وخاف الناظر فسخ المرتهن إن لم يسلمه ، والحظ في الامضاء ، سلمه . وإن لم يخف ، أو كان الحظ في الفسخ ، أو كان رهن تبرع ، لم يسلمه ، كذا أطلقوه ، ومرادهم : إذا لم يكن ضرورة ولا غبطة ، لأنها تجوزان رهن مال المجنون ابتداءً ، فلاستدامة أولى . ولو طرأ على أحدهما حجر مسفه ، أو فلس ، لم يبطل على المذهب .

النوع الثالث : ما يمرض في المرهون . فلورهن عصيماً وأقبضه ، فانقلب في

يد المرتهن خمراً ، بطل الرهن على الصحيح ، وبه قطع الجمهور ، لخروجه عن المايئة
وقيل : إن عاد خلاً ، بأن أن الرهن لم يبطل ، وإلا ، بأن بطلانه ، فإن أبطلناه ،
فلا خيار للمرتهن إن كان مشروطاً في بيع ، لأنه حدث في يده ، فإن عاد خلاً ،
عاد الرهن على المشهور ، كما يعود الملك . ومرادهم بطلانه أولاً : ارتفاع حكمه
ما دام خمراً ، ولم يريدوا اضمحلال أثره بالكلية . ولو رهن شاة فماتت في يد المرتهن ،
فدبغ جلدها ، لم يعد رهنأ على الأصح ، واختاره الأكثرون ، لأن ماليتها حدثت
بالمالعة ، بخلاف الثمر ، ولأن المائد غير ذلك الملك . ولو انقلب خمراً قبل القبض ،
فبقي بطلانه البطلان الكلي ، وجهان . أحدهما : نعم ، لاختلاله في حال ضعف الرهن ،
وعدم لزومه . والثاني : لا ، كما بعد القبض . ومقتضى كلامهم ، ترجيح هذا .
قلت : قد قطع صاحبنا « الشامل » و « البيان » بالأول ، ولكن الثاني أصح ،
وصححه في « المحرر » . والله أعلم

قال في « التهذيب » ، وعلى الوجهين لو كان مشروطاً في بيع ، ثبت الخيار
للمرتهن ، لأن الخلء دون المصير . ولا يصح الاقباض في حال الحرية ، فلو فعل وعاد
خلاً ، فبلى الوجه الثاني : لا بد من استئناف قبض ، وعلى الأول : لا بد من استئناف
عقد ، ثم القبض فيه على ما ذكرنا فيما إذا رهنه ما هو في يده .

فرع

لو انقلب المبيع خمراً قبل القبض ، فالكلام في انقطاع البيع وعوده إذا عاد
خلاً على ما ذكرناه في انقلاب المصير المرهون خمراً بعد القبض .
قلت : هذا هو المذهب ، وبه قال الأكثرون ، وقطع جماعة من العراقيين ،

منهم صاحب « الشامل » بأنه يبطل البيع ، وفرّقوا بينه وبين الرهن بصد القبض ، بأن الرهن عاد تبعاً للملك الراهن ، وهنا يعود ملك البائع لعدم البيع ، ولا يصح أن يبيع ملك المشتري . والله أعلم

ولو جنى المرهون قبل القبض ، وتملّق برقبته أُرش ، وقلنا : رهن الجاني ابتداءً فاسد ، ففي بطلان الرهن وجهان ، كتخمر العصير ، وهذا أولى بدم البطلان ، لدوام الملك في الجاني . قال الامام : وإياك المرهون قبل القبض يخرج على وجهين ، لأنه انتهى إلى حالة تمنع ابتداء الرهن .

قلت : أصحابها : لا يبطل ، وصححه في « المحرر » . والله أعلم

فصل

في تحلل الخمر وتحليلها

الخمر نوعان .

أحدهما : محترمة ، وهي التي اتخذ عصيرها ليصير خلاً ، وإنما كانت محترمة ، لأن اتخاذ الخل جائز بالاجماع ، ولا ينقلب العصير إلى الخموضة إلا بتوسط الشدة ، فلو لم يحترم وأريق في تلك الحال ، لتمدّر اتخاذ الخل .

النوع الثاني : غير محترمة ، وهي التي اتخذ عصيرها للخمرة . ثم في النوعين مسائل .
إحداها : تحليل الخمر بطرح العصير ، أو الملح ، أو الخل ، أو الخبز المار ، أو غيرها [فيها] (١) حرام . والخل الحاصل منها نجس لعلتين . إحداها : تحريم التحليل . والثانية : نجاسة المطروح بالالاقاة ، فتستمر نجاسته ، إذ لا مزيل لها ، ولا ضرورة إلى الحكم بانقلابه طاهراً ، بخلاف أجزاء الدّن . ثم سواء في هذا الخمر

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

المحترمة وغيرها، والمطروح قصداً ، أو اتفاقاً ، كالقاء الريح . وفي وجه : يجوز تحليل المحترمة . وفي وجه : تطهر إذا طرح بغير قصد . والصحيح : الاول . ولو طرح في العصير بصلاً ، أو ملحاً ، واستعمل به المحوطة بعد الاشتداد ، فوجهان . أحدهما : يطهر ، لانه لاقاه في حال طهارته كأجزاء الدّن . وأصحها : لا ، لان المطروح تنجس بالتخمر ، فيستمر ، بخلاف أجزاء الدّن للضرورة . ولو طرح العصير على الخل ، وكان العصير غالباً بغير الخل عند الاشتداد ، ففي طهارته إذا انقلب خلاً هذان الوجهان . ولو كان الخل غالباً يمنع العصير من الاشتداد ، فلا بأس .

المسألة الثانية : إمساك المحترمة لتصير خلاً ، جائز ، وغير المحترمة يجب إراقتها . فلو لم يرقها فتخللت ، طهرت ، لان النجاسة والتحريم للشدة ، وقد زالت ، وحكي وجه : أنه لو أمسك غير المحترمة فتخللت ، لم تطهر . وحكى الامام عن بعض الخلافين : أنه لا يجوز إمساك المحترمة ، بل طريقه أن يعرض عن العصير إلى أن يصير خلاً ، فان اتفق رؤيته بإياه خمرأ ، أراقه ، وهذان شاذان منكران .

فرع

متى عادت الطهارة بالتخلل ، طهرت أجزاء الظرف للضرورة . وعن الداركي : إن لم يتشرب شيئاً من الخمر كالقوارير ، طهر ، وإلا ، فلا ، والصواب المعروف : الطهارة مطلقاً . وكما بطهر ما يلاقي الخل بعد التخلل ، يطهر ما فوّه مما أصابه الخمر في حال الغليان ، قاله القاضي حسين ، وأبو الريح الايلقي . قلت : هو بكسر الهمة ، وبالياء المثناة تحت ، وبالقاف منسوب إلى إيلاق ، وهي ناحية من بلاد الشاش ، واسم أبي الريح هذا : طاهر بن عبد الله ^(١) ، إمام جليل ، من أصحاب القفال المروزي ، وأبي إسحاق الاسفرايني . والله أعلم

(١) في الاصل : « ابن إمام جليل » بزيادة لفظه « ابن » والتصويب من مخطوطات الظاهرية ، وانظر ترجمته في الانساب ٤١٢/١ للسعدي و « تهذيب الاسماء واللغات » ٢/٢٣٠ ، ٢٣١ .

الثالثة : لو كان ينقلها من الظل إلى الشمس وعكسه ، أو يفتح رأسها ليصيبها الهواء استعجالاً للحموضة ، طهرت على الأصح ، وقال أبو سهل الصعلوكي : لا تطهر ، والمحترمة أولى بالطهارة .

فرع

عن الشيخ أبي علي ، خلاف في صحة بيع الحجر المحترمة ، بناءً على الخلاف في طهارتها ، وقد سبق في الطهارة . وإذا استحالت أجواف حبات العناقيد خمرًا ، ففي بيعها اعتماداً على طهارة ظاهرها ، وتوقع طهارة باطنها ، وجهان ، وطردوهما في البيضة المستحيل باطنها دماً ، والصحيح : المنع .

الباب الثالث

في حكم المرهون بعد القبض

فيه ثلاثة أطراف .

الأول : في جانب الراهن ، وهو ممنوع من كل تصرف يزيل الملك وينقل العين (١) ، كالبيع والهبة ونحوهما . ومما يزحم المرتهن في مقصود الرهن ، وهو الرهن عند غيره ، ومن كل تصرف ينقص المرهون ، أو يقلل الرغبة فيه ، كالتزويج . قلت : فلو خالف فزوج العبد أو الأمة المرهونين ، فالتكاح باطل ، صرح به القاضي أبو الطيب ، لأنه ممنوع منه ، وقياساً على البيع . والله أعلم

وأما الاجارة ، فإن كان الدين حالاً أو مؤجلاً يحل قبل انقضاء مدتها ، بطلت الاجارة على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وقيل : إن جوزنا بيع المستأجر ، صحت ، وإلا ، فلا ، وقال في « التتمة » : تبطل في قدر الأجل . وفي الزائد قولاً تفريق

(١) في غطوطات الظاهرية : « وينقل إلى الغير » .

الصفة . ولم يفصل الجمهور ، بل أطلقوا القول بالبطلان . وإن كان الأجل يحل بعد انقضاء مدة الاجارة أو معها ، صحت قطعاً . فان حل قبل انقضائها بموت الراهن ، فوجهان . أحدهما : تنفسخ الاجارة رعاية لحق المرتهن ، لأنه أسبق ، ويضارب المستأجر بالاجرة المدفوعة مع الغرماء . والثاني وهو اختيار ابن القطان : أن المرتهن يصبر إلى انقضاء مدة الاجارة ، كما يصبر الغرماء إلى انقضاء العدة لتستوفي الممتدة حق السكنى جمعاً بين الحقين . وعلى هذا ، يضارب المرتهن بدينه في الحال . فاذا انقضت المدة وبيع المرهون ، قضي باقي دينه . فان فضل شيء ، فلا غرماء . هذا كله إذا أجر لغير المرتهن . فلو أجره ، جاز ولا يبطل الرهن ، وكذا لو كان مستأجره فرهته عنده ، جاز . فلو كانت الاجارة قبل تسليم الرهن ، ثم سلمه عنها جيمعاً ، جاز . ولو سلم عن الرهن ، وقع عنها جيمعاً ، لأن القبض في الاجارة مستحق . ولو سلم عن الاجارة ، لم يحصل قبض الرهن . وما قدمناه من منع الراهن [من] ^(١) البيع وسائر التصرفات . والحكم بإبطالها ، هو الجديد المشهور . وعلى القديم المجوز وقف العقود : تكون هذه التصرفات موقوفة على الفسك وعدمه ، ومال الامام إلى تخريجها على الخلاف في بيع الفسك ماله ، وسيأتي إن شاء الله تعالى .

فرع

إذا أعتق الراهن المرهون ، ففي تنفيذه ثلاثة أقوال . أظهرها : الثالث ، وهو إن كان موسراً ، نفذ ، وإلا ، فلا ، فان قلنا : لا ينفذ ، فالرهن بحاله ، فلو انفق براءً أو غيره ، فقولان ، أو وجهان ، أصحهما : لا ينفذ ، لأنه أعتق وهو لا يملك إعتاقه ، فأشبه ما لو أعتق المحجور عليه بسفه ، ثم زال حجره . وقطع جماعة بالفوز . وإن بيع في الدين ثم ملكه ، لم يعتق على المذهب . وقيل : على الخلاف .

(١) الزيادة من مخطوطات الظاهرية .

وإن قلنا : ينفذ مطلقاً ، لزم الرهن قيمته يوم الاعتاق ، فإن كان موسراً ، أخذت في الحال ، وجعلت رهناً مكانه ، وإلا ، أهل إلى اليسار ، فإذا أيسر ، أخذت وجعلت رهناً إن لم يحل الدين ، وإن حل ، طوَّب به ، ولا معنى للرهن ، كذا قاله المراقبون . ولك أن تقول : كما أن ابتداء الرهن قد يكون بالحال ، وقد يكون بالوَجَل ، فكذا قد تقتضي المصلحة أخذ القيمة رهناً وإن حل الحق إلى تيسر الاستيفاء . قال الامام : ومهما بذل القيمة على قصد الغرم ، صارت رهناً ولا حاجة إلى عقد مستأنف ، والاعتبار بقصد المؤدِّي . ومتى كان موسراً ، وقلنا : ينفذ مطلقاً ، أو من الموسر ، ففي وقت نفوذه طريقان . أحدهما : على الأقوال في وقت نفوذ علق نصيب شريكه . ففي قول : يتمجل . وفي قول : يتأخر إلى دفع القيمة . وفي قول : يتوقف . فإذا غرم ، أسندنا العلق تبييناً . والطريق الثاني ، وهو المذهب : القطع بنفوذه في الحال . والفرق : أن العلق هناك يسري إلى ملك غيره ، فلا يزول إلا بقبضه قيمته ، وهنا يصادف ملكه .

قلت : قوله : إذا كان موسراً ، ففيه طريقان ، إشارة إلى أن المسر إذا نفذنا علقه ، يمتق في الحال بلا خلاف ، وبهذا صرح الشيخ أبو حامد ، وصاحب « الشامل » وغيرهما . والله أعلم

فرع

لو علق علقه بفكك الرهن ، نفذ عند الفكك ، إذ لا ضرر على المرتهن . وإن علق بصفة أخرى ، فإن وجدت قبل فكك الرهن ، ففيه أقوال التنجيز . وإن وجدت بعده ، نفذ على الأصح .

فرع

لو رهن نصف العبد ثم أعتق نصفه ، فإن أضاف العلق إلى النصف الموهون ،

ففيه الأقوال . وإن أضافه إلى النصف الآخر ، أو أطلق، عتق ما ليس برهون ، ويسري إلى الرهون إن نفذنا إعتاقه ، وكذا إن لم ننفذه على الأصح لانه يسري إلى ملك غيره ، فملكه أولى . وعلى هذا ، يفرق بين المور والمصر على الأصح، حكاه الامام عن المحققين ، وجزم في « التتمة » بأن لا فرق لانه ملكه .

قلت : إذا أعتق الرهون عن كفارته ، أجزاء إن قلنا : ينفذ إعتاقه . وإن أعتقه عن كفارة غيره ، فلا يعتق، لانه يبيع ، قاله القاضي حسين في « الفتاوى » .

والله أعلم

فرع

وقف الرهون ، باطل على المذهب . وقيل : على الأقوال . وقال في « التتمة » إن قلنا : لا يحتاج الى القبول ، فكالمعتق ، وإلا، فباطل .

فصل

ليس للراهن وطء المرهونة بكرراً كانت أو ثيباً ، عزل ، أم لا . وفي وجه خفيف : يجوز وطء ثيب لا تجبل لصغر ، أو إياس ، ووطء الحامل من الزنا ، ولكن وطء الحامل من الزنا ، مكروه مطلقاً .

قلت : وفي وجه : يحرم . والله أعلم

ولو خالف فوطئ ، فلا حد ولا مهر ، وعليه أرض البكارة إن اقتضاها . فإن شاء جملة رهناً ، وإن شاء قضاء من الدين ، فإن أولادها ، فالولد نسيب حر ، ولا

قيمة عليه ، وفي مصيرها أم ولد أقوال المتق ، وهنا أولى بالنفوذ عند الأكثر ، لقوة الاحبال . وقيل : عكسه ، لان المتق أقوى من جهة ، فانه تنجز به الحرية ، بخلاف الاستيلاء . وقيل : هما سواء . وإن شئت قلت : فيه ثلاثة طرق ، القطع بالرد ، وعدمه ، وأصحها وهو الثالث : طرد الاقوال ، فان نفذ بالاستيلاء ، لزمه القيمة ، والحكم على ما سبق في المتق ، وإلا ، فالرهن بحاله . فلو حل الحق وهي حامل ، لم يجوز بيعها على الأصح ، لانها حامل بحري . وإذا ولدت لا تباع حتى تسقي الولد اللبن ، ونجد مرضاً خوفاً من أن يسافر بها المشتري ، فيهلك الولد ، فاذا وجدت الرضع ، بيعت الأم ، ولا يئلى بالتفريق بينها وبين الولد للضرورة . ثم إن استغرقها الدين ، بيعت كلها ، وإلا فيباع قدر الدين وإن أفضى التشقيص إلى نقصان رعاية الحق الاستيلاء ، فان لم يوجد من يشتري البعض ، بيع الجميع للضرورة ، وإذا بيع بقدر الدين ، انفك الرهن عن الباقي واستقر الاستيلاء فيه ، وتكون النفقة على المشتري والمستولد بحسب النصيين ، ويكون الكسب بينها . ومتى عادت إلى ملكه بعد بيعها في الدين ، نفذ الاستيلاء على الاظهر . وقيل : قطعاً . ولو انفك رهنها من غير بيع ، نفذ الاستيلاء على المذهب . وقيل : هو كما لو بيعت ثم ملكها . وليس للراهن أن يهب هذه الجارية للرتن ، وإنما تباع في الحق للضرورة ، وهذا معنى قول الأئمة : الاستيلاء ثابت في حق الراهن . وإنما الخلاف في ثبوته في حق المرتن .

فرع

لو ماتت هذه الجارية بالولادة . وقلنا : الاستيلاء لا ينفذ ، لزمه قيمتها على الصحيح ، فتكون رهناً مكانها . ولو أولد أمة غيره بشبهة وماتت بالولادة ، وجبت قيمتها على الصحيح . ولو كانت حرة ، لم تجب الدية على الأصح ، لان الوطاء

سبب ضعيف ، وإنما أوجبنا الضمان في الأمة ، لان الوطاء استيلاء عليها ، والمقوق من آثاره ، فأدمننا الاستيلاء كاللحرم إذا نقر صيداً وبقي نفاذه إلى الهلاك بالنعثر وغيره . والحرة لا تدخل تحت الاستيلاء. ولو أولد امرأة بالزنا مكرهة، فماتت بالولادة حرة [كانت] أو أمة ، لم يجب الضمان على الاظهر، لان الولادة غير مضافة إليه، لقطع النسب . ولو ماتت زوجته من الولادة ، لم يجب الضمان بلا خلاف ، لتوابعه من مستحق . وحيث أوجبنا ضمان الحرة ، فهو الدية على عاقلته . وحيث أوجبنا القيمة ، وجب قيمتها يوم الاجبال على الاصح، لانه سبب التلف، كما لو جرح عبداً قيمته مائة ، فبقي زمناً حتى مات وقيمه عشرة ، لزمه مائة . والوجه الثاني : يجب قيمتها يوم الموت ، لانه وقت التلف . والثالث : يجب أكثرهما ، كالغصب . ولو لم تمت ، ونقصت بالولادة ، لزمه الارش . فان شاء جملة رهناً معها ، وإن شاء صرفه في قضاء الدين .

فصل

لراهن استيفاء المنافع التي لا تضر بالمرتهن ، كسكنى الدار ، وركوب الدابة ، واستكساب العبد ، ولبس الثوب ، إلا إذا نقص باللبس، وإزاء الفحل ، إلا إذا نقص قيمته . والائزاء على الأئني ، إن كان الدين يحل قبل ظهور الحمل ، أو ولد قبل حلوله . فان كان يحل بعد ظهوره وقبل الولادة ، فان قلنا : الحمل لا يعرف ، جاز أيضاً ، لانها تباع مع الحمل. وإن قلنا : يعرف وهو الاظهر، لم يحز، لانه لا يمكن بيعها دون الحمل ، وهو غير مرهون . وليس له البناء في الارض الرهونة ، ولا الفراس ، وفي وجه : يجوز إن كان الدين مؤجلاً ، والصحيح : المنع . والزرع إن نقص قيمة الارض لاستيفاء قوتها، ممنوع . وإن لم ينقص وكان بحيث يحصد قبل حلول الاجل ، فلا [منع] . فلو تأخر الادراك لعارض ، ترك إلى الادراك.

وإن كان بحيث يحصد بعد الحول، أو كان الدين حالاً ، منع على المشهور، لانه تقل الرغبة في المزرعة . وفي قول : لا منع، ويجبر على القطع عند الحول إن لم يف قيمتها^(١) . مزرعة دون الزرع بالدين . ولو غرس أو بنى حيث منعه ، لم يقلع قبل حلول الأجل على الصحيح ، فلمله يقضي الدين من غيره . وأما بعد حلول الاجل والحاجة إلى البيع ، فيقلع ان لم تف قيمة الارض بدينه ، وزادت بالقلم . فلو صار الراهن محجوراً عليه بالافلاس ، ففي القلع وجهان، بخلاف ما لو نبت النخل من نوى حمله السيل ، حيث جزمنا بأنه لا يقلع في مثل هذه الحالة ، لأننا منعه هنا .

فصل

اليد على الرهون ، مستحقة للمرتن ، لأنها مقصود التوثيق . فما لا منفعة فيه مع بقاء عينه ، كالنقود والحبوب ، لا تُزال يد المرتن عنه . وأما غيره ، فان أمكن تحصيل الغرض مع بقاءه في يد المرتن ، تعيّن فله جمعاً بين الحقين ، وإنما تُزال يده عند اشتداد الحاجة إليه . فان كان العبد مكتسباً وتيسر استكسابه هناك، لم يخرج من يده إن أراد الراهن الاستكساب . فان أراد الاستخدام أو الركوب أو غيرها من الانتفاع المحوج إلى إخراجها من يده ، ففي قول قديم : لا يخرج، والمشهور : أنه يخرج . ثم إن استوفى تلك المنافع باعارة لعدل ، أو إجارة بشرطها السابق ، فله ذلك . وإن أراد استيفاءها بنفسه ، قال في « الأم » : له ذلك ، ومنه في القديم . فحمل حاملون الأول على الثقة بالمأمون ججوده . والثاني : على غيره . وقال آخرون : هما قولان مطلقا ، وهذا أصح .

قلت : المذهب : جوازه مطلقاً . والله أعلم

(١) في مخطوطات الظاهرية : « إن لم يف قيمتها » .

وفرغ الامام والفرزالي على الجواز : أنه إن وثق المرتهن بالتسليم ، فذاك ، وإلا أشهد عليه شاهدين أنه يأخذه للانتفاع ، فإن كان موثقاً به عند الناس ، مشهور العدالة ، لم يكلف الاشهاد في كل أخذة على الأصح . فإن كان المرهون جارية ، فأراد أخذها للاستخدام ، لم يمكن منه ، إلا إذا أمن غشيانه ، بأن كان محرماً ، أو ثقة وله أهل . ثم إن كان إخراج المرهون من يد المرتهن لمنفعة يدوم استيفائها ، فذاك . وإن كانت تستوفي [في] بعض الاوقات ، كالركوب ، والاستخدام ، استوفي نهائياً ، ورُدَّ إلى المرتهن ليلاً .

فرع

ليس للراهن المسافرة به بحال وإن قصر سفره ، لما فيه من الخطر . ولهذا منع زوج الأمة من السفر بها . وإنما جاز لسيدها السفر بها لحقه المتعلق بالرقبة ، وإنما يمتنع من تزويجها ، ويجوز للحر السفر بزوجه الحرة .

فرع

كلام الفرزالي ، يدل على أنه لا ينتزع العبد من يد المرتهن إذا أمكن استكسابه وإن طلب الراهن خدمته ، ولم يتعرض الاكثر لذلك . ومقتضى كلامهم : أنه لا استخدام مع إمكان الاستكساب .

قلت : كلام الفرزالي ، محمول على موافقة الأصحاب ، وقد ذكرت تأويله في شرح « الوسيط » . والله أعلم

فرع

لا تُزال يد البائع عن العبد المحبوس بالثمن بسبب الانتفاع ، لأن ملك المشتري غير مستقر قبل القبض ، وملك الراهن مستقر . وهل يُستكسب في يده للمشتري ، أم تطلُّ منافسه ؟ فيه خلاف الأصحاب .

قلت : الأرجح : استكسابه . والله أعلم

فرع

التصرفات التي منع بها الراهن لحق المرتهن ، إذا أذن فيها ، نفذت . فان أذن في الوطاء ، حل ، فان لم تُحل ، فالرهون والرهن^(١) بحاله . وإن أجبل ، أو أعتق ، أو باع بالأذن ، نفذت وبطل الرهن ، وله الرجوع عن الاذن قبل تصرف الراهن . وإذا رجع ، فالتصرف بعده تصرف بلا إذن . ولو أذن في الهبة والاقباض ، ورجع قبل الاقباض ، صح وامتنع الاقباض . ولو أذن في البيع فباع الراهن بشرط الخيار ، فرجع المرتهن ، لم يصح رجوعه على الأصح ، لأن البيع مبني على الزوم . ولو رجع عن الاذن ولم يعلم الراهن ، فتصرف لم ينفذ على الأصح . ومتى أجبل ، أو أعتق ، أو باع وادعى الاذن ، فالقول قول المرتهن مع يمينه . فان حلف ، فتصرفه بغير إذن . وإن نكل ، فحلف الراهن ، فهو كالتصرف بالأذن . فان نكل الراهن ، ففي رد اليمين على الجارية والعبد ، طريقتان . أحدهما : على القولين في الرد على الغرماء إذا نكل الوارث . وأصحها : القطع بالرد ، لأن الغرماء يثبتون الحق ابتداء للميت ، وهذان يثبتان لأنفسهما . ولو اختلف الراهن وورثة المرتهن ، حلفوا على نفي العلم . ولو اختلف المرتهن وورثة الراهن ، حلفوا بيمين الرد على البت . وفي

(١) في مخطوطات الظاهرية : « فالرهن بحاله » .

ثبوت إذن المرتن برجل وامرأتين ، وجهان حكاهما ابن كج ، القياس : المنع ، كالوكالة .

فرع

لو حصل عند المرهونة ولد ، فقال الراهن : وطئتها بأذنك فأنت بهذا الولد مني وهي أم ولد ، فقال المرتن : بل هو من زوج أو زني ، فالقول قول الراهن بلا عين ، لأنه إذا أقر بكون الولد منه ، لم يقبل رجوعه ، فلا يحلف ، وإنما يقبل قوله بشرط أن يسلم له المرتن أربعة أشياء ، وهي : الاذن في الوطء ، وأنه وطئ ، وأنها ولدت ، وأنها مضت مدة إمكان الولد منه . فان أنكر واحداً من الأربعة ، فالقول قوله ، لأن الأصل عدمه . وفي وجه : القول قول الراهن في الوطء ، ولو لم يتعرض المرتن لهذه الأشياء منعاً وتسليماً ، واقتصر على إنكار الاستيلاء ، فالقول قوله ، وعلى الراهن إثبات هذه الأشياء .

فرع

لو أعتق أو وهب بأذن المرتن ، بطل حقه من الرهن ، سواء كان دينه حالاً أو مؤجلاً ، وليس عليه أن يجعل قيمته رهناً مكانه . ولو باع بأذنه والدين مؤجلاً ، فكذلك . وإن كان حالاً ، قضى حقه من ثمنه ، وحمل إذنه المطلق على البيع لفرضه . ولو أذن بشرط أن يجعل الثمن رهناً مكانه ، فقولان ، سواء كان الدين حالاً ، أو مؤجلاً . أظهرهما : يبطل الاذن والبيع . والثاني : يصحان ، ويلزم الراهن الوفاء بالشرط . ولو أذن في الاعتاق بشرط جعل القيمة رهناً ، أو في الوطء بهذا

الشرط ، إن أجل ، ففيه القولان . ولو أذن في البيع بشرط أن يجعل حقه من ثمنه وهو مؤجل ، فالصحيح المنصوص : فساد البيع والاذن ، لفساد الشرط . وفي قول نخرج : يصحان ، ويجعل الثمن رهنًا مكانه . ولو اختلفا فقال المرتن : أذنت بشرط أن ترهن الثمن ، فقال الراهن : بل أذنت مطلقاً ، فالقول قول المرتن . ثم إن كان الاختلاف قبل البيع ، فليس له البيع . وإن كان بعده ، وحلف المرتن ، فإن صححتنا الاذن ، فعلى الراهن رهن الثمن ، وإلا ، فإن صدق المشتري المرتن ، فالبيع باطل ويبقى مرهوناً . وإن كذبه ، فظن ، إن أنكر أصل الرهن ، حلف ، وعلى الراهن أن يرهن قيمته ، وإن أقر بكونه مرهوناً ، وادعى مثل ما ادعاه الراهن ، فعليه رد البيع وبين المرتن حجة عليه . قال الشيخ أبو حامد : ولو أقام المرتن بينة أنه كان مرهوناً ، فهو كإقرار المشتري به .

فرع

منقول عن « الأم »

لو أذن المرتن الراهن في ضرب العبد المرهون ، فهلك في الضرب ، فلا ضمان ، لأنه تولد من مأذون فيه ، كما لو أذن في الوطاء وأجبل . ولو قال : أدبه ، فضربه فهلك ، لزمه الضمان .

فصل

الديون التي على الميت ، تتعلق بتركته قطعاً . وقد سبق في آخر باب زكاة الفطر ، أن هذا التعلق لا يمنع الارث على الصحيح . فعلى هذا ، في كيفية قولان ، ويقال : وجهان . أحدهما : كتعلق الأرض برقة الجاني . وأظهرها : كتعلق الدين بالمرهون ، لأن الشارع إنما أثبت هذا التعلق نظراً للميت ، لتبرأ ذمته ، فاللائق به ، أن لا يسقط

الوارث عليه . فلو أعتق الوارث أو باع وهو مفسر ، لم يصح قطعاً ، سواء جعلناه كالجاني أو كالمرهون . ويجيء في الاعتاق خلاف ، فإن كان موسراً ، نفذ في وجهه ، بناءً على تعلق الأرض ، ولا ينفذ في وجهه ، بناءً على تعلق المرهون . وفي وجهه : هما موقوفان . فإن قضي الدين ، تبيئاً نفوذها ، وإلا ، فلا . ولا فرق بين كون الدين مستغرقاً للتركة ، أو أقل منها على الأصح على قياس المرهون . والثاني : إن كان الدين أقل ، نفذ تصرف الوارث إلى أن لا يبقى إلا قدر الدين ، لأن الحجر في مال كثير لشيء حقير ، بعيد . وإذا حكمنا بطلان تصرف الوارث ، فلم يكن على التركة دين ظاهر ، فتصرف ، ثم ظهر دين ، بأن كان باع شيئاً وأكل ثمنه ، فرد بالبيع ، ولزم رد الثمن ، أو سقط ساقط في بئر كان احتفرها عدواناً ، فوجهان . أحدهما : تبين فساد التصرف لتقدم سبب الدين ، فألحق بالمقارن . وأصحها : لا يفسد . فعلى هذا ، إن أدى الوارث الدين ، وإلا ، فوجهان . أحصها : يفسخ ذلك التصرف ليصل إلى المستحق حقه . والثاني : لا ، بل يطالب الوارث بالدين ، ويجعل كالضامن ، وللوارث على كل حال أن يمسك عين التركة ويؤدي الدين من خالص ماله . ولو كان الدين أكثر من التركة ، فقال الوارث : آخذها بقيمتها ، وأراد الغرماء بيمها لتوقع زيادة راغب ، أيها يجب ؟ وجهان . أحصها : الوارث . وفي تعلق حق الغرماء بزوائد التركة ، كالكسب والتاج ، خلاف مبني على أن الدين يمنع الارث ، أم لا ؟ إن منع ، تعلق ، وإلا ، فلا .

قلت : سواء تصرف الوارث في جميع التركة أو في بعضها ، ففيه الخلاف السابق ، وسواء علم الوارث بالدين المقارن ، أم لا ، قاله الشيخ نصر المقدسي ، لأن ما يتعلق بحقوق الآدميين ، لا يختلف به . والله أعلم

الطرف الثاني : في جانب الرهن ، وهو مستحق للبدل بعد لزوم الرهن ، ولا تزال

يده إلا للارتفاع كما سبق ، ثم يردّه إليه ليلاً ، وإن كان العبد ممن يعمل ليلاً ، كالحارس ، رد إليه نهائياً . ولو شرطاً في الابتداء وضعه في يد ثالث ، جاز . فإن شرطاً عند اثنين ، ونصاً على أن لكل واحد منها الانفرد بالحفظ ، أو على أن يحفظاه معاً في حرز ، اتبع الشرط . وإن أطلقناه ، فوجهان . أصحها : ليس لأحدهما أن يتفرد بالحفظ . كما لو أوصى إلى رجلين ، أو وكل رجلين في شيء لا يستقل أحدهما ، فعلى هذا يجعلانه في حرز لهما . والثاني : يجوز الانفرد لثلاث يشق عليها ، فعلى هذا إن اتفقا على كونه عند أحدهما ، فذاك ، وإن تنازعا والرهن مما ينقسم ، قسم وحفظ كل واحد نصفه ، وإلا حفظ هذا مدة ، وهذا مدة . ولو قسماه بالتراضي والتفريع على الوجه الثاني ، فأراد أحدهما أن يرد ما في يده على صاحبه ، ففي جوازه وجهان .

قلت : قطع صاحب « التهذيب » بأنه لا يجوز . والله أعلم

فرع

إذا أراد الذي وضعه عنده الرد ، رده إليها ، أو إلى وكيلها ، فإن كانا غائبين ولا وكيل ، فهو كردّ الوديعة ، وسيأتي إن شاء الله تعالى . وليس له دفعه إلى أحدهما بغير إذن الآخر ، فإن فعل ضمن واسترد منه إن كان باقياً ، وإن تلف في يد المدفوع إليه ، نظر ، إن دفعه إلى الراهن ، رجع المرتهن بكامل قيمته وإن زادت على حقه ، ليكون رهناً مكانه ، وبغير من شاء من العدل والراهن ، والقرار على الراهن ، وإن دفعه إلى المرتهن ، ضمنا ، والقرار على المرتهن ، فإن كان الدين حالاً وهو من جنس القيمة ، جاء الكلام في التفصيص ، وإن غصب المرتهن الرهن من يد العدل ، ضمن . فلو رده إليه بغيره . وقيل : لا يبرأ إلا بالرد إلى

المالك ، أو باذن جديد للمدل في أخذه ، والصحيح : الأول . وكذا الحكم لو غصب الوديعة من المودع ، أو العين المستأجرة من المستأجر ، أو الرهونة من المرتين ، ثم رد اليهم . ولو غصب اللقطة من الملتقط ، ثم رد اليه ، لم يبرأ . ولو غصب من المستعير أو المستام ، ثم رده اليه ، فوجهان ، لأنها مأذونان من جهة المالك ، لكنها ضامنان .

فرع

لو اتفق المتراهنان على نقل الرهن الى يد عدل آخر ، جاز ، وإن طلبه أحدهما ، لا يجاب ، إلا أن يتغير حاله بفسق أو ضعف عن الحفظ ، أو تحدث بينه وبين أحدهما عداوة ، ويطلب نقله ، فينقل الى آخر يتفقان عليه ، فإن تشاحاً ، وضمه الحاكم عند من يراه . ولو كان من وضعا عنده فاسقاً في الابتداء ، فازداد فسقاً ، فهو كما لو حدث فسقه . وكذا لو مات وأراد أحدهما إخراجه من يد وارثه . ولو كان في يد المرتين فتغير حاله ، أو مات ، كان المراهن نقله على الصحيح ، وفي وجهه : لا تزال يد ورثته ، لكن إذا لم يرض بيدهم ، ضم القاضي اليهم مشرفاً .

فرع

إذا ادعى المدل هلاك الرهن في يده ، أو رده ، فالقول قوله مع يمينه ، كالمودع . ولو أتلّف الرهن عمداً ، أخذت منه القيمة ووضعت عند آخر . ولو أتلّفه خطأ ، أو أتلّفه غيره ، أخذت القيمة ووضعت عنده ، كذا قاله الأكثرون ، وذهب الامام إلى أنه لا بد من استحفاظ جديد . وقياسه ، أن يقال : لو كان في يد المرتين ، فأتلّف وأخذ بدله ، كان المراهن أن لا يرضى بيده في البدل .

فصل

المرتحن يستحق بيع المرهون عند الحاجة ، ويتقدم بثمنه على سائر الغرماء ، وإنما يبيعه الراهن أو وكيله بأذن المرتحن . فلو لم يأذن المرتحن ، وأراد الراهن بيعه ، قال له القاضي : ائذن في بيعه وخذ حقه من ثمنه ، أو أبرئه . وإن طلب المرتحن بيعه ، وأبى الراهن ، ولم يقض الدين ، أجبره القاضي على قضائه ، أو البيع ، إما بنفسه ، أو وكيله ، فإن أصر ، باعه الحاكم . ولو كان الراهن غائباً ، أثبت الحال عند الحاكم لبيعه . فإن لم يكن له بيعة ، أو لم يكن في البلد حاكم ، فله بيعه بنفسه كمن ظفر بغير جنس حقه من مال المديون وهو جاحد ولا بيعة .

فرع

لو أذن الراهن للمرتحن في بيعه بنفسه ، فباع في غيبة الراهن ، فوجهان . أحدهما : يصح البيع ، كما لو أذن له في بيع غيره . وأصحابها : لا ، لأنه يبيعه لفرض نفسه ، فيتهم في الاستمجال وترك النظر . وإن باعه بحضوره ، صح على الصحيح ، وهو ظاهر النص لعدم التهمة . وقيل : لا يصح ، لأنه توكيل فيما يتعلق بحقه ، فعلى هذا ، لا يصح توكيله ببيعه أصلاً ، ويتفرع عليه ، أنه لو شرط ذلك في ابتداء الرهن ، فإن كان الرهن مشروطاً في بيع ، فالبيع باطل . وإن كان رهن تبرع ، فعلى القولين في الشرط الفاسد النافع للمرتحن أنه هل يبطل الرهن ؟ ولو قال للمرتحن : بع المرهون ، واستوف الثمن لي ، ثم استوفه لنفسك ، صح البيع ، والاستيفاء للراهن ، ولا يحصل الاستيفاء لنفسه بمجرد إدامة اليد والامساك ، فلا بد من وزن جديد ، أو كيل جديد ، كما هو شأن القبض في المقدرات . ثم إذا استوفاه لنفسه بعد ذلك

بكيل أو وزن ، ففي صحته وجهان ذكرناهما في نظائرها في البيع ، لاتحاد القابض والمقبض . فإن صححتنا ، برئت ذمة الراهن من الدين ، والمستوفي من ضمانه . وإن أبطلنا وهو الأصح ، لم يبرأ الراهن ، ويدخل المستوفي في ضمانه ، لأن القبض الفاسد كالصحيح في اقتضاء الضمان .

قلت : دخوله في ضمانه ، يكون بمد قبضه لنفسه ، فأما قبله ، فهو في يده أمانة بلا خلاف . وكذا لو نوى إمساكه لنفسه من غير إحداث فعل ، فالأمانة مستمرة ، صرح به الامام ، والنزالي في « البسيط » وغيرهما . ولو قبضه لنفسه بفعل من غير وكيل ولا وزن ، دخل في ضمانه ، لأنه قبض فاسد ، فله في الضمان حكم الصحيح . والله أعلم

ولو كانت الصيغة : ثم أمسكه لنفسك ، فلا بد من إحداث فعل على الأصح . وعلى الثاني : يكفي مجرد الامساك . ولو قال : به لي واستوف الثمن لنفسك ، صح البيع ، ولم يصح استيفاء الثمن ، لأنه ما لم يصح القبض الراهن ، لا يتصور القبض لنفسه ، وهنا بمجرد قبضه يصير مضموناً عليه . ولو قال : بهم لنفسك ، فقولان . أظهرهما : أن الاذن باطل ، ولا يتمكن من البيع ، لأنه لا يتصور أن يبيع الانسان مال غيره لنفسه . والثاني : يصح اكتفاء بقوله : بهم ، وإنشاءً للباقي ، ولأن السابق إلى الفهم منه ، الأمر بالبيع لغرضه بالتوصل إلى دينه . ولو أطلق وقال : بهم ، ولم يقل : لي ، ولا لنفسك ، فوجهان . أصحابهما : صحة البيع ، كما لو قال لأجنبي : بهم . والثاني : المنع ، لملتين . إحداها : أن البيع مستحق للمرتن ، فكأنه قال : بهم لنفسك . والثانية : التهمة كما سبق . وعلى الملتين ، لو كان الثمن مؤجلاً وقال : بهم ، صح ، لاتقائها . وإن قال : بهم واستوف حقه من ثمنه ، جاءت التهمة . وإن قدر له الثمن ، لم يصح البيع على العلة الأولى ، ويصح على الثانية ، وكذا لو كان الراهن حاضراً عند البيع .

فرع

إذن الوارث لفرماء الميت في بيع التركة ، كاذن الراهن للمرتهن ، وكذا إذن السيد للمجني عليه في بيع الجاني .

فرع

إذا وضع الراهن عند عدل ، وشرطاً أن يبيعه عند المحل ، جاز ، وهل يشترط تجديد إذن الراهن ؟ وجهان . أصحها : لا ، لأن الأصل بقاؤه . وأما المرتهن ، فقال المراقبون : يشترط مراجعته قطعاً ، لأن البيع لا يصاله حقه إذا طالب ، فليستأذن ، وربما أمهل ، وربما أبرأ . وعكسه الامام فقال : لا خلاف أنه لا يراجع ، لأن غرضه توفية الحق ، بخلاف الراهن ، فإنه قد يبقى المين لنفسه .

فرع

لو عزل الراهن المدل قبل البيع ، انفزل . ولو عزله المرتهن ، فوجهان . أصحها : لا ينفزل ، لأنه وكيل الراهن ، فإنه المالك . والثاني : ينفزل ، وهو ظاهر النص ، كما لو عزله الراهن ، لأنه يتصرف لهما ، ولا خلاف أنه لو منه من البيع ، لم يبيع ، وكذا لو مات أحدهما . وإذا قلنا : لا ينفزل بمنزل المرتهن ، فجددله إذناً ، جاز البيع ، ولم يشترط تجديد توكيل الراهن . قال في « الوسيط » ، ومساق هذا ، أنه لو عزله الراهن ، ثم عاد فوكله ، اشترط إذن جديد من المرتهن ، ويلزم عليه أن يقال : لا يستد بان المرتهن قبل توكيل الراهن ، ولا باذن المرأة للوكيل قبل توكيل الولي إياه ، والكل محتمل .

فرع

إذا باع المدل وأخذ الثمن ، فهو أمين ، والثمن من ضمان الراهن إلى أن يتسلمه المرتهن . فلو تلف في يد المدل ، ثم خرج الرهن مستحقاً ، فالشترى بالخيار بين أن يرجع بالثمن على المدل أو الراهن ، والقرار على الراهن . ولو مات الراهن ، فأمر الحاكم المدل أو غيره ببيعه فباعه ، وتلف الثمن ثم خرج مستحقاً ، رجع المشتري في مال الراهن ، ولا يكون المدل طريقاً في الضمان على الأصح ، لأنه نائب الحاكم ، والحاكم لا يضمن . والثاني : يكون كالوكيل والوصي . وإذا ادعى المدل تلف الثمن في يده ، قبل قوله مع يمينه . وإن ادعى تسليمه إلى المرتهن ، فالقول قول المرتهن مع يمينه . فإذا حلف ، أخذ حقه من الراهن ، ورجع الراهن على المدل وإن كان قد أذن له في التسليم . ولو صدّقه الراهن في التسليم ، فإن كان أمره بالأشهاد ، ضمن المدل بلا خلاف ، لتقصيره . وكذا إن لم يأمره به على الأصح ، لتفريطه . فلو قال : أشهدت ومات شهودي ، وصدّقه الراهن ، فلا ضمان . وإن كذبه ، فوجهان سندكهما مع نظائرها في باب الضمان إن شاء الله تعالى .

فرع

لو باع المدل بدون ثمن التل بما لا يتغابن الناس به ، أو بثمن مؤجل ، أو بنير نقد البلد ، لم يصح . وقيل : يصح بالمؤجل ، وهو غلط . ولو سلم المان إلى المشتري ، صار ضامناً . فإن كان المبيع باقياً ، استرد ، وجاز للمدل يمه بالأذن السابق وإن صار مضموناً عليه . وإذا باعه وأخذ ثمنه ، لم يكن الثمن مضموناً عليه ، لأنه لم يصد فيه . وإن كان تالفاً ، فإن باع بنير نقد البلد ، أو بمؤجل ، فالراهن بالخيار في تفريم

من شاء من المدل والمشتري كمال قيمته . وكذا إن باع بدون ثمن المثل على الأظهر .
وعلى الثاني : إن غرم المدل ، حط النقص الذي كان يحتمل في الابتداء للغبن المعتاد .
مثاله ، ثمن مثله عشرة ، ويتغابن فيه بدرهم ، فباعه بثمانية ، نفرمه تسعة ، وتأخذ
الدرهم الباقي من المشتري ، كذا تقولوه . وغالب الظن طرد هذا الخلاف في البيع
بغير نقد البلد ، وفي المؤجل ، وإنما اتفق النص على القولين في الغبن ، لأنه (١)
يخالف الأمرين الآخرين . وبدل عليه أن صاحب « التهذيب » في آخرين ، جعلوا
كيفية تفريم الوكيل إذا باع على صفة من هذه الصفات ، وسلم المبيع على هذا
الخلاف ، وسوّوا بين الصور الثلاث . ومعلوم أنه لا فرق بين العدل في الرهن
وسائر الوكلاء . وعلى كل حال ، فالقرار على المشتري ، لحصول الهلاك عنده .

فرع

لو قال أحد المتراهنين : بعه بالدرهم ، وقال الآخر : بالدنانير ، لم يبيع بواحد منهما ،
فيرفعان الأمر إلى القاضي ليبيع بنقد البلد ، ثم إن كان الحق من نقد البلد ،
وإلا صرف نقد البلد إليه . فلو رأى الحاكم بيعه بجنس حق المرتهن ، جاز .

فرع

لو باع بثمن المثل ، فزاد راغب قبل التفريق ، فليفسخ البيع ، وليعه له . فإن لم
يفعل ، فوجهان . أحدهما : لا ينفسخ البيع ، لأن الزيادة غير موثوق بها ، وأصحابها :
الافتساح ، لأن المجلس كحال العقد . فملى هذا ، لو بدا للراغب قبل التمكن من بيعه ،
فالبيع الأول بحاله ، وإن كان بعده ، بطل ، فلا بد من بيع جديد . وفي وجه :
إذا بدا له ، بأن أن البيع بحاله ، وهو ضيف . ولو لم يفسخ العدل ، بل باع الراغب ،

(١) في غلطوات الظاهرية : لا أنه .

خفي كونه فسخاً لذلك البيع ، ثم في صحته في نفسه ، خلاف سبق في البيع ، وأشار الامام إلى أن الوكيل لو باع ثم فسخ البيع ، هل يتمكن من البيع مرة أخرى ، فيه خلاف . والأمر بالبيع من الراغب هنا ، تفريع على أنه يتمكن . أو مفروض فيمن صرح له في الاذن بذلك . وأكثر هذه المسائل ، تطرد في جميع الوكالات . قلت : قوله : فزاد راغب قبل التفرق ، فيه نقص ، وكان ينبغي أن يقول : قبل انقضاء الخيار ، ليعم خياري المجلس والشرط ، فإن حكمهما في هذا سواء . صرح به صاحب « الشامل » وغيره . قال أصحابنا : ولو زاد الراغب بعد انقضاء الخيار ، لزم البيع ، ولا أثر للزيادة ، لكن يستحب للمعدل أن يستقيل المشتري ليبيمه بالزيادة الراغب ، أو لهذا المشتري إن شاء . والله أعلم

فصل

مؤنة الرهن التي يبقى بها ، كنفقة العبد وكسوته ، وعلف الدابة على الراهن . وفي معناها ، سقي الأشجار والكروم ، ومؤنة الجداد ، وتخفيف الثمار ، وأجرة الاصطبل ، والبيت الذي يحفظ فيه المتاع المرهون إذا لم يتبرع به من هو في يده ، وأجرة من يرد الآبق ، وما أشبه ذلك . وحكى الامام والمتولي وجهين ، في أن هذه المؤن ، هل يجبر عليها الراهن حتى يقوم بها من خالص ماله ، أصحابها : الاجبار ، حفظاً الوثيقة . والثاني : عن الشيخ أبي محمد وغيره : لا يجبر ، بل يبيع القاضي جزءاً منه فيها بحسب الحاجة . وفرع الامام على هذا ، أن النفقة لو كانت تأكل الرهن قبل الأجل ، ألحق ذلك بما يفسد قبل الأجل ، فيباع ويحمل ثمنه رهناً ، وهذا ضعيف . وكذا أصله المفرع عليه . وإذا قلنا بالأصح فلم يكن للراهن شيء ، أو لم يكن حاضراً ، باع الحاكم جزءاً من المرهون ، واكتفى به بيتاً يحفظ فيه الرهن ، كذا قاله الأصحاب .

وأما المؤنات الدائرة ، فيشبه أن يقال : حكها حكم ما لو هرب الجئال وترك الجمال المستأجرة ، أو عجز عن الاتفاق عليها .
قلت : قال القاضي أبو الطيب : إن قال المرتن : أنا أنفق عليه لأرجع في مال الراهن ، أذن له الحاكم . فإن أنفق وأراد أن يكون رهناً بالنفقة والدين ، فهو كفدائه المرهون الجاني على أن يكون رهناً بالدين والفداء ، وقد نص على جوازه ، وفيه طريقان تقدم . والمذهب : الصحة . فإن أنفق بغير إذن الحاكم ، فإن أمكنه الحاكم ، أو لم يمكنه ، ولم يشهد ، فلا رجوع ، وإن أشهد ، فوجهان بناءً على هرب الجئال .
والله أعلم

فرع

لا يمنع الراهن مصلحة في المرهون ، كقصده وحجامة ، وتوديع الدابة وبزغها^(١) والمعالجة بالأدوية والرام ، لكن لا يجبر عليها ، بخلاف النفقة . وطرد صاحب التهمة . الوجهين في المداواة . ثم إن كانت المداواة مما يرجى نفعه ويؤمن ضرره ، فذاك ، وإن خيف وغلبت السلامة ، فهل للمرتن منه ؟ وجهان .
قلت : أصحابنا لا . والله أعلم

ويجربان في قطع اليد المتأكلة إذا كان في قطعها وتركها خطر . فإن كان الخطر في الترك دون القطع ، فله القطع ، وليس له قطع سلعة^(٢) وأصبح لا خطر في تركها ، إذا خيف ضرر ، فإن كان الغالب السلامة ، فعلى الخلاف . وله ختان العبد والأمة في وقت اعتدال الهواء ، إن كان يندمل قبل حلول الأجل ، لأنه ضروري ، والغالب منه السلامة . وإن لم يندمل ، وكان فيه نقص ، لم يجز . وكذا لو كان به عارض يخاف منه من الختان .

(١) التوديع في الدواب ، كالنقص في الناس . والبزغ : التشريط وإسالة الدم .

(٢) السلعة : خراج كهية الفدة لتحرك بالتحريك .

قلت : كذا أطلق أكثر الأصحاب ، أو كثيرون منهم ، جواز الختان من غير فرق بين الصغير والكبير ، وصرح المتولي والشيخ نصر ، بأنه لا فرق . وقال صاحب « المذهب » ، ومن تابعه : يمنع من ختان الكبير دون الصغير ، لخوف التلف . وهذا ظاهر نصه في « الأم » و « المختصر » ويؤيده ، أنهم عذبوا عدم الختان عيماً في الكبير ، دون الصغير ، كما سبق . والله أعلم

فروع

له تأييد النخل المرهونة . ولو ازدحت وقال أهل الخبرة : تحويلها أنفع ، جاز تحويلها ، وكذا لو رأوا قطع البعض لصالح الأكثر . ثم ما يقطع منها أو يحجب ، يبقى مرهوناً ، بخلاف ما يحدث من السعف ويحجب ، فإنه غير مرهون ، كالثمرة ، وما كان ظاهراً منها عند الرهن ، قال في « التتمة » : هو مرهون . وقال في « الشامل » : لا فرق .

قلت : قال القاضي أبو الطيب : وما يحصل من الليف ، والعراجين^(١) والكرب ، كالسعف . والكرب بفتح الكاف والراء : أصول السعف . والله أعلم

فروع

لا يمنع من رعي الماشية وقت الأمن ، وتأوي ليلاً إلى يد المرتين أو العدل . ولو أراد الراهن أن يبعد في طلب النجاة ، وبالقرب ما يبلغ منها مبلغاً ، فلم يرتين المنع ، وإلا ، فلا منع ، وتأوي إلى يد عدل يتفقان عليه ، وإلا ، فينصبه الحاكم . وإن أراد المرتين ذلك ، وليس بالقرب ما يكفي ، لم يمنع . وكذا لو أراد نقل التناع

(١) العراجين ، جمع : عرجون ، وهو المذق عامة . وقيل : هو المذق إذا يسى واعوج .

من بيت غير محرز إلى محرز . ولو أراد الانتقال من مكانها ، فإن انتقلا إلى أرض واحدة ، فذاك ، وإلا ، جعلت الماشية مع الراهن ، ويحتاج ليلاً كما سبق .

فصل

الرهن أمانة في يد المرتهن ، لا يسقط بتلفه شيء من الدين ، ولا يلزمه ضمانه . إلا إذا تعدى فيه . وإذا برى الراهن من الدين بأداء أو إبراء أو حوالة ، بقي الرهن أمانة في يد المرتهن ، ولا يصير مضموناً إلا إذا امتنع من الرد بعد المطالبة . وقال ابن الصباغ : ينبغي أن يكون المرتهن بعد الإبراء ، كمن طيرت الريح ثوباً إلى داره ، فيعلم المرتهن به ، أو يرده ، لأنه لم يرض بيده إلا على سبيل الوثيقة .

فرع

كل عقد اقتضى صحيحه الضمان ، فكذلك فاسده . وما لا يقتضي صحيحه الضمان ، فكذا فاسده . أما الأول : فلأن الصحيح إذا أوجب الضمان ، فالفسد أولى . وأما الثاني : فلأن إثبات اليد عليه باذن المالك ، ولم يلتزم بالمقد ضماناً .

فرع

لو أعار الراهن الموهون للمرتهن لينتفع به ، ضمنه المرتهن ، ولو رهنه أرضاً ، وأذن له في غراسها بعد شهر ، فهي بعد الشهر عارية ، غرس ، أم لا ؟ وقبله أمانة ، حتى لو غرس قبله قلع .

فرع

رهنه مالاً على أنه إذا حل الأجل ، فهو مبيع له ، أو على أنه مبيع له بعد شهر ، فالبيع والرهن باطلان ، ويكون المال أمانة في يده قبل دخول وقت البيع ، وبعده مضمون ، لأن البيع عقد ضمان . وفي وجه : إنما يصير مضموناً ، إذا أمسكه على سبيل الشراء . أما إذا أمسكه على موجب الدين ، فلا ، والصحيح : الأول . فلو كان أرضاً ، ففرس فيها المرتن ، أو بنى قبل وقت البيع ، قلع مجاناً ، وكذا لو غرس بعده عالماً بفساد البيع . وإن كان جاهلاً ، لم يقلع مجاناً ، لوقوعه باذن المالك وجهله التحريم ، فيكون حكمه كما لو غرس المستعير ورجع المعير .

فرع

إذا ادعى المرتن تلف الرهون في يده ، قبل قوله مع يمينه . وإن ادعى رده إلى الراهن ، قال المراقبون : القول قول الراهن مع يمينه ، لأنه أخذه لمنفعة نفسه ، فأشبهه المستعير ، بخلاف دعوى التلف ، فإنه لا يتعلق بالاختيار ، فلا تساعد فيه البينة . قالوا : وكذا حكم المستأجر إذا ادعى الرد ، ويقبل قول المودع والوكيل بغير جعل مع يمينها ، لأنها أمانة متمحضتان . وفي الوكيل بجعل . والمضارب والأجير المشترك ، إذا لم نضمه ، ذكروا وجهين . أحدهما : يقبل قولهم مع اليمين ، لأنهم أخذوا العين لمنفعة المالك ، وانتفعوا بالعمل في العين ، لا بالعين ، بخلاف المرتن والمستأجر . وهذه الطريقة ، هي طريقة أكثر الأصحاب ، لاسيما قدمائهم ، وتابعهم الروياني . وقال بعض الخراسانيين من الراوزة وغيرهم : كل أمين يصدق في دعوى الرد ، كالتلف . فقد اتفقوا في الطرق ، على تصديق جميعهم في دعوى التلف . وفي عبارة الفزالي ما يقتضي خلافاً فيه ، وليس هو كذلك قطعاً .

فرع

لو رهن الفاسب المفصوب عند إنسان ، ف تلف في يد المرتن ، فللمالك تضمين الفاسب . وفي تضمينه المرتن ، طريقان . قال المراقبون : فيه وجهان .

أحدهما : لا ، لأن يده يد أمانة . وأصحها : يضمّن ، لثبوت يده على ما لم يأتمنه مالكه عليه . فعلى هذا ، وجهان . أحدهما : يستقر الضمان عليه ، لحصول التلف عنده ، وزول التلف منزلة الاتلاف في الغصب . وأصحها : يرجع على الفاسب لتفريده . والطريق الثاني : القطع بتضمينه وعدم الاستقرار ، قاله المرازقة ويجري الطريقان في المستأجر من الفاسب ، والمستودع ، والمضارب ، ووكيله في يمه . وكل هذا إذا جهلوا الغصب ، فان علموا ، فهم غاصبون أيضاً ، والمستعير منه ، والمستام ، يطالبان ويستقر عليهما الضمان ، لأنها يد ضمان .

فرع

لو رهن بشرط كونه مضموناً على المرتن ، فسد الشرط والرهن ، ولا يكون مضموناً عليه لما سبق .

فرع

قال : خذ هذا الكيس واستوف حقه منه ، فهو أمانة في يده قبل أن يستوفي منه ، فإذا استوفى ، كان مضموناً عليه . ولو كان فيه دراهم ، فقال : خذ به دراهمك ، وكانت الدراهم التي فيه محاولة القدر ، أو كانت أكثر من دراهمه ، لم يملكه ، ودخل في ضمانه بحكم الشراء الفاسد . وإن كانت معلومة وبقدر حقه ، ملكه . ولو قال :

خذ هذا العبد بحقك ، ولم يكن سلعاً ، فقَبِلَ ، ملكه . وإن لم يقبل وأخذه ، دخل في ضمانه بحكم الشراء الفاسد .

فصل

ليس للمرتهن في المهرين إلا حق الاستيثاق، وهو ممنوع من جميع التصرفات القولية والفعلية ، ومن الانتفاع . فلو وطىء المهرونة بغير إذن الراهن ، فكوّطء غيرها . فإن ظنها زوجته أو أمته ، فلا حد، وعليه المهر ، والولد نسيب حر ، وعليه قيمته الراهن . وإن لم يظن ذلك ، ولم يدّع جهلاً ، فهو زان يلزمه الحد ، كما لو وطىء المستأجر المستأجرة ، ويجب المهر إن كانت مكروهة . وإن طاوعته ، فلا على الأصح . وإن ادعى الجهل بالتحريم ، لم يقبل إلا أن يكون قريب عهد بالاسلام ، أو نشأ في بادية بعيدة عن علماء المسلمين ، فيقبل ، لدفع الحد . وحكى السمودي في قبوله لثبوت النسب وحرية الولد والمهر ، خلافاً . والأصح : ثبوت الجميع ، لأن الشبهة كما تدفع الحد ، تثبت النسب والحرية . وإذا سقط الحد ، وجب المهر . وإن وطىء بأذن الراهن ، فإن علم أنه حرام ، لزمه الحد على الصحيح . وإن ادّعى جهل التحريم ، فوجهان . أحدهما : لا يقبل إلا أن يكون قريب عهد بالاسلام ، أو في معناه . وأصحها : يقبل مطلقاً ، لأنه قد يخفى التحريم مع الاذن . وإذا سقط الحد ، سقط المهر إن كانت مطاوعة ، وإلا وجب على الأظهر ، إسقاط الحد ، وقياساً على المفوضة في النكاح . والثاني : لا يجب ، لاذن مستحقة ، فأشبه زنا الحرة . فإن أولدها بوطئه ، فالولد له نسيب حر ، وتجب قيمته على المذهب .

وقيل : فيه القولان في المهر ، ولا تصير الجارية أم ولد له في الحال . فان ملكها ، فقولان ، أظهرهما : لا تصير .

فرع

زعم المرتن بعد الوطاء أن الراهن كان بائنه إياها ، أو وهبها له ، وأقبضه ، وأنكر الراهن ، فالقول قول الراهن مع يمينه . فان حلف ، فهي والولد رقيقان له . فان ملكها المرتن ، فهي أم ولد له ، والولد حر لاقراره . فان نكل الراهن ، فحلف المرتن ، فهي أم ولد ، والولد حر .

فصل

فيما يتعلق به حق الوثيقة

وهي متعلقة بعين المرهون قطعاً . وأما غير العين ، فضربان . أحدهما : بدل العين . فلو جني على المرهون ، وأخذ الأرض ، انتقل الرهن إليه ، كما ينتقل الملك لقيامه مقام الأصل ، ويجعل في يد من كان الأصل في يده . وما دام الأرض في ذمة الجاني ، هل يحكم بأنه مرهون ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأن الدين لا يكون رهناً . فإذا تعين ، صار مرهوناً ، والحالة المتخللة ، كتخمر القصير وتخلّله بعدد . والثاني : نعم ، لأنه مال ، بخلاف الحجر ، وإنما يمنع رهن الدين ابتداءً .

قلت : الثاني : أرجح ، وبالأول قطع الماروزة . والله أعلم

والخصم في بدل المرهون ، هو الراهن . فلو ترك الخصومة ، فهل يخاصم المرتن ؟ قولان . أظهرهما عند الأصحاب : لا ، كذا قاله في « التهذيب » .

قلت : وقطع الامام ، والغزالي ، بأنه يخاصم . والله أعلم

وإذا خاصم الراهن ، فللمرتهن حضور خصومته ، لتعلق حقه بالأخوذ . ثم إن أقر الجاني ، أو أقام الراهن بينة ، أو حلف بعد نكول الدّعى عليه ، ثبتت الجناية . وإن نكل الراهن ، فهل يحلف المرتهن ؟ قولان ، كفرماء الفلّس إذا نكل .

فرع

إذا ثبتت الجناية ، فإن كانت عمدا ، فللراهن أن يقبض ويبطل حق المرتهن . وإن عفا عن القصاص ، ثبت المال إن قلنا : مطلق العفو يقتضي المال ، وإلا ، لم يجب ، وهو الأصح ، كذا قاله في « التهذيب » . وإن عفا على أن لا مال ، فإن قلنا : يوجب العمد أحد الأمرين ، لم يصح عفوه عن المال ، وإن قلنا : موجه القود ، فإن قلنا : العفو المطلق لا يوجب المال ، لم يجب شيء ، وإن قلنا : يوجهه ، فالأصح : أنه لا يجب أيضاً ، لأن القتل لم يوجهه ، وإنما يجب بعفوه ، وذلك نوع اكتساب ، ولا يجب عليه الاكتساب للمرتهن . وإن لم يقبض ولم يمف ، فقليل : يجبر على أحدهما . وقيل : إن قلنا : موجه أحد الأمرين ، أجبر ، وإلا ، فلا ، لأنه يملك إسقاطه ، فتأخيره أولى بأن يملكه .

قلت : ينبغي أن يقال : إن قلنا : إذا عفا على أن لا مال لا يصح ، أجبر ، وإلا ، فلا .

والله أعلم

وإن كانت الجناية خطأ ، أو عفا ووجب المال ، فمعا عنه ، لم يصح عفوه على المشهور لحق المرتهن . وفي قول العفو موقوف ، ويؤخذ المال في الحال لحق المرتهن ،

فإن انفك الرهن ، رد إلى الجاني ، وإن صحه المفو ، وإلا بان بطلانه . ولو أراد الراهن المصالحة عن الأرض الواجب على جنس آخر ، لم يصح إلا بأذن المرتهن . وإذا أذن ، صح وكان المأخوذ مرهوناً ، كذا تعلقه . ولو أبرأ المرتهن الجاني ، لم يصح ، لكن لا يسقط حقه من الوثيقة على الأصح ، لأنه لم يصح الإبراء ، فلا يصح ما تضمنه . كما لو وهب المرهون لرجل .

الضرب الثاني : زوائده ، فإن كانت متصلة ، كسمن العبد ، وكبر الشجرة ، تبعت الأصل في الرهن . وإن كانت منفصلة ، كالثمرة ، والولد ، واللبن ، والبيض ، والصوف ، لم يسر إليها الرهن ، وكذا الأكساب والمهر ، وما أشبه ذلك مما يحدث ببد الرهن . ولو رهن حاملاً ، واحتيج إلى بيعها حاملاً ، بيعت كذلك في الدين ، لأننا إن قلنا : الحمل يعلم ، فكأنه رهنها ، وإلا ، فقد رهنها والحمل محض صفة . ولو ولدت قبل البيع ، فهل أولد رهن ؟ قولان . إن قلنا : الحمل لا يعلم ، فلا ، وإلا ، فنعم . وقيل : قولان ، لضعف الرهن عن الاستتباع . فإن قلنا : لا ، فقال في ابتداء العقد : رهنها مع حملها ، لا يكون مرهوناً على الأصح . ولو جاز ذلك ، لجاز إفراده بالرهن . أما إذا حبلت بعد الرهن ، وكانت يوم البيع حاملاً ، فإن قلنا : لا يعلم ، بيعت ، وهو كالسمن ، وإلا ، فلا يكون مرهوناً ، ويتعذر بيعها ، لأن استثناء الحمل متعذر ، ولا سبيل إلى بيعها حاملاً وتوزيع الثمن ، لأن الحمل لا تعرف قيمته .

فرع

لو رهن نخلة ، ثم أطلعت ، فطريقان . أحدهما : أن يبيها مع الطام ، على القواين كالحمل . والثاني : القطع بأن الطلع غير مرهون . فعلى هذا يباع النخل ، ويستثنى

الطالع ، بخلاف الحامل . ولو كانت مطلعة وقت الرهن ، ففي دخول الطالع ، على ما سبق في الباب الأول . فإن أدخلناه ، فكان وقت البيع طلعا بعد ، يبيع مع النخلة ، وإن كانت قد أُبِّرَت ، فطريقان .

أحدهما : على القولين ، كما لو ولدت الحامل . والثاني : القطع ببيعه مع النخلة ، لأنه معلوم مشاهد وقت الرهن .

فرع

الاعتبار في مقارنة الولد الرهن وحدوثه ، وسائر الزوائد ، بحالة العقد على الصحيح . وقيل : بحالة القبض ، لأن الرهن به يلزم .

فرع

أرش البكارة ، وأطراف العبد مرهون^(١) لأنها ليسا من الزوائد ، بل بدل جزء .

فرع

ضرب رجل الجارية المرهونة ، فألقت جنينا ميتا ، لزم الضارب عشر قيمة الأم ، ولا يكون مرهونا ، لأنه بدل الولد ، فإن دخلها نقص ، لم يجب بسببه شيء ، ولكن قدر أرش النقص من العشر يكون رهنا ، فإن ألقته حيا ومات ، ففيما يلزم الجاني ؟ قولان . أظهرهما : قيمة الجنين حيا ، وأرش نقصان الأم إن نقصت . فعلى هذا القيمة المراهن ، والارش مرهون . والثاني : أكثر الأمرين من أرش النقص ، وقيمة الجنين . فعلى هذا ، إن كان الارش أكثر ، فالأخوذ رهن كله . وإن كانت القيمة

(١) في « شرح الوجيز » مرهونان .

أكثر ، فقدّر الارش رهن . وأما البهيمة المرهونة ، إذا ضربت فألقت جنيناً ميتاً ، فلا شيء على الضارب سوى أرش النقص إن نقصت ، ويكون رهناً .

الطرف الثالث : في فك الرهن .

ينفك بأسباب . أحدها : فسخ المرتن . والثاني : تلف المرهون بأفة سماوية .

إذا جنى المرهون ، لم يبطل الرهن بمجرد ، بل الجناية ضربان .

أحدهما : يتعلق بأجنبي ، فيقدم حق المجني عليه ، لأنه متعين في الرقة . وحق المرتن ثابت في الذمة . فإن اقتص منه ، بطل الرهن . فإن وجب مال ، فبيع فيه ، بطل أيضاً . حتى لو عاد إلى ملك الراهن ، لم يكن رهناً . ولو كان الواجب دون قيمة العبد ، بيع بقدره ، والباقي رهن . فإن تعذر بيع بعضه ، أو نقص بالتبويض ، بيع كله ، وما فضل عن الارش يكون رهناً . ولو عفا عن الارش ، أو فداء الراهن ، بقي رهناً . وكذا لو فداء المرتن . ثم في رجوعه على الراهن ، ما سبق في رهن أرض الخراج . وهذا كله إذا جنى بغير إذن سيده . فإن أمره السيد بها ، فإن لم يكن مميزاً ، أو كان أعجمياً يعتقد وجوب طاعة السيد في كل ما يأمره به ، فالجاني هو السيد ، وعليه القصاص أو الضمان ، ولا يتعلق المال برقة العبد على الأصح . فإن قلنا : يتعلق ، فبيع في الجناية ، لزم السيد أن يرهن قيمته مكانه . وإذا جنى مثل هذا العبد ، فقال السيد : أنا أمرته بذلك ، لم يقبل قوله في حق المجني عليه ، بل يباع العبد فيها ، وعلى السيد القيمة ، لاقتراره . وإن كان العبد مميزاً يعرف أنه لا يطاع السيد فيه ، بالغا كان أو غير بالغ ، فهو كما لو لم يأذن السيد ، إلا أن السيد يأثم .

الضرب الثاني : أن يتعلق بالسيد ، وفيه مسائل .

إحداها : إذا جنى على طرف سيده عمداً ، فله القصاص . فإن اقتص ، بطل

الرهن . وإن عفا على مال ، أو كانت الجناية خطأ ، فالصحيح : أنه لا يثبت المال ، لأن السيد

لا يثبت له على عبده مال ، فيبقى الرهن كما كان . وقال ابن سريج : يثبت للسيد المال ، ويتوصل به إلى فك الرهن .

الثانية : جنى على نفس السيد عمداً ، فللوارث القصاص . فإن عفا على مال ، أو كانت الجناية خطأ ، لم يثبت على الأظهر .

الثالثة : جنى على طرف من يرثه السيد ، كأبيه ، فله القصاص ، وله العفو على مال . ولو جنى خطأ ، ثبت المال . فإن مات قبل الامتضاء ، وورثه السيد ، فوجهان . أصحها عند الصيدلاني والامام : يسقط بمجرد انتقاله ، ولا يجوز أن يثبت له على عبده استدامة الدين ، كما لا يجوز ابتداءه . والثاني وبه قطع المراقبون : لا يسقط ، وله بيعه فيه كما كان للمورث .

الرابعة : جنى على نفس المورث عمداً ، فالسيد القصاص . فإن عفا على مال ، أو كانت خطأ ، بني على أن الدية تثبت المورث ابتداءً ، أم يلقاها عن المورث . إن قلنا بالأول ، لم يثبت ، وإلا ، فعلى الوجهين فيما إذا جنى على طرفه وانتقل إليه بالارث . الخامسة : قتل عبد آخر للراهن ، نظر ، إن لم يكن المقتول مرهوناً ، فهو كما [لو] جنى على السيد . وحكم القن والمذبذب وأم الولد سواء . وإن كان مرهوناً أيضاً ، فله حالان . أحدهما : أن يكون مرهوناً عند غير المرتهن القاتل ، فإن قتل عمداً ، فالسيد القصاص ، ويبطل الرهنان جميعاً . وإن عفا على مال ، أو قتل خطأ ، وجب المال متعلقاً برقبته لحق المرتهن القاتل . وإن عفا بلا مال ، فإن قلنا : موجب الممد أحد الأمرين ، وجب المال ، ولم يصح العفو إلا برضى المرتهن . وإن قلنا : موجب القود ، فإن قلنا : العفو المطلق لا يوجب المال ، لم يجب شيء ، وإن قلنا : يوجهه ، فكذلك على الأصح ، وإن عفا مطلقاً ، فإن قلنا : مطلق العفو يوجب المال ، ثبت كما لو عفا على مال . وإن قلنا : لا يوجهه ، صح العفو ، وبطل رهن مرتهن القاتل ، وبقي القاتل رهناً . وعفو المحجور عليه بالفلس ، كعفو الراهن ، لأن أموال المفلس والمرهون

سواء في الحجر . ثم متى وجب المال ، نظر ، إن كان الواجب أكثر من قيمة القاتل أو مثلها ، فوجهان . أحدهما : ينقل القاتل إلى يد مرتتهن القتل ، ولا يباع ، لأنه لا فائدة فيه . وأصحها : يباع ويحمل الثمن رهناً في يده ، لأن حقه في مالية العبد ، لا في عينه ، لأنه قد يرغب راغب بزيادة . وإن كان أقل من قيمة القاتل ، فعلى الوجه الأول : ينتقل من القاتل بقدر الواجب إلى مرتتهن القتل . وعلى الثاني : يباع منه بقدر الواجب ، ويبقى الباقي رهناً . فان تعذر بيع البعض ، أو نقص بالتبعض ، يبيع الجميع ، وجعل الزائد على الواجب عند مرتتهن القاتل . وإنما يجيء الوجهان ، إذا طلب الرهن النقل ، ومرتتهن القتل البيع ، فأيهما يجب ؟ فيه الوجهان . أما إذا طلب الرهن البيع ، ومرتتهن القتل النقل ، فالجواب الرهن ، لأنه لا حق للمرتتهن المذكور في عينه . ولو اتفق الرهن والمرتهنان على أحد الطريقين ، فهو المسلوك قطعاً . ولو اتفق الرهن ومرتتهن القتل على النقل ، قال الامام : ليس لمرتتهن القاتل المنازعة فيه ، وطلب البيع . ومقتضى التعليل السابق ، يتوقع راغب أنه لذلك .

الحال الثاني : أن يكون رهوناً عند مرتتهن القاتل أيضاً . فان كان العبدان رهونين بدين واحد ، فقد نقصت الوثيقة ولا جابر ، كما لو مات أحدهما . وإن كانا رهونين بدينين ، نظر في الدينين ، أهما مختلفان حلولاً وتأجيلاً ، أم لا ؟ فان اختلفا ، فله التوثيق لدين القتل بالقاتل ، لأنه إن كان الحال دين المقتول ، ففائدته الاستيفاء من ثمنه في الحال . وإن كان دين القاتل ، فتحصل الوثيقة بالمؤجل ، ويطالب بالحال . وكذا الحكم ، لو كانا مؤجلين ، وأحد الأجلين أطول . وإن اتفقا في الحلول والتأجيل ، نظر ، هل بينهما اختلاف قدر ، أم لا ؟ فان لم يكن كمشرة وعشرة ، فان كان العبدان مختلفي القيمة ، وقيمة القتل أكثر ، لم تنقل الوثيقة . وإن كانت قيمة القاتل أكثر ، نقل منه قدر قيمة القتل إلى دين القتل ، وبقي الباقي رهناً بما كان . وإن كانا سواء في القيمة ، بقي القاتل رهناً بما كان ، ولا فائدة في

النقل . وإن اختلف قدر الدينين ، نظر ، إن تساوت قيمة العبدین ، أو كان القليل أكثر قيمة ، فإن كان المرهون بأكثر الدينين هو القليل ، فله توثيقه بالقاتل . وإن كان المرهون بأقلها هو القليل ، فلا فائدة في النقل . وإن كان القليل أقلها قيمة ، فإن كان مرهوناً بأقل الدينين ، فلا فائدة في النقل . وإن كان بأكثرها ، نقل من القاتل قدر قيمة القليل إلى الدين الآخر . وحيث قلنا : تنقل الوثيقة ، فهل يباع ويقام ثمنه مقام القليل ، أم يقام عينه مقامه ؟ فيه الوجهان السابقان .

فرع

هذا الذي ذكرناه من أقسام اختلاف الدينين، هو المعتبر فقط ، كذا قاله الأكثرون . فلو اختلف الدينان في الاستقرار وعدمه ، بأن كان أحدهما عوضاً ما يتوقع رده بالميب ، أو صداقاً قبل الدخول ، فلا أثر له عند الجمهور . وحكى في « الشامل » عن أبي إسحاق المروزي أنه إن كان القاتل مرهوناً بالمستقر ، فلا فائدة في النقل . وإن كان مرهوناً بالآخر ، فوجهان . وكذا قول الغزالي في « الوسيط » : اختلاف جنس الدينين ، كاختلاف القدر ، فهو وإن كان متجهاً في المعنى ، فمخالف لنص الشافعي رضي الله عنه والأصحاب كلهم : أنه لا تأثير ، لاختلاف الجنس . قلت : المراد باختلاف الجنس ، أن يكون أحدهما دفانير ، والآخر دراهم ، واستويا في المالية بحيث لو قوّم أحدهما بالآخر ، لم يزد ولم ينقص . والله أعلم

فرع

لو تساوى الدينان في الأوصاف ، وقلنا : الوثيقة لا تنقل ، فقال المرتب : قد جنى فلا آمنه ، فبيعوه وضعموا ثمنه رهناً مكانه ، هل يجاب ؟ وجهان .

فرع

لو جني على مكاتب السيد ، فانتقل الحق إليه بموته أو عجزه ، فهو كالمشتغل من المورث .
السبب الثالث لانفكاك الرهن : براءة الذمة عن جميع الدين بالقضاء ،
أو الإبراء ، أو الحوالة ، أو الاقالة المسقطه للثمن المرهون به ، أو السلم فيه
المرهون به . ولو اعتاض عن الدين عيناً ، انفك الرهن ، لنحول الحق من الذمة إلى
العين . ثم لو تلف العين قبل التسليم ، بطل الاعتياض ، ويعود الرهن كما عاد الدين ،
ولا ينفك بالبراءة عن بعض الدين بعض الرهن ، كما أن حق الحبس يبقى ما بقي
شيء من الثمن ، ولا يعتق شيء من المكاتب ما بقي شيء من المال . ولو رهن
عبدین وسلم أحدهما ، كان المسلم مرهوناً بجميع الدين .

فرع

إنما يتصور انفكاك بعض المرهون بأحد أمور .
أحدها : تمدد المقد ، بأن رهن نصف العبد بعشرة ، ونصفه الآخر في
صفقة أخرى .

الثاني : أن يتمدد مستحق الدين ، بأن رهنه عند رجلين صفقة واحدة ، ثم
بريء من دين أحدهما بأداء أو إبراء ، انفك الرهن بقسط دينه . وفي وجه : إن
اتحدت جهة دينيهما ، بأن أتلّف عليهما مالاً ، أو ابتاع منهما ، لم ينفك شيء بالبراءة
عن أحدهما ، وإنما ينفك إذا اختلفت الجهة . والصحيح : الانفكاك مطلقاً .

الثالث : أن يتمدد من عليه الدين ، بأن رهن رجلان عند رجل ، فإذا برىء
أحدهما ، انفك نصيبه .

الرابع : إذا وكل رجلان رجلاً يرهن عبدهما عند زيد بدينه عليهما ، ثم قضى أحد الموكلين دينه ، ف قيل : قولان . والمذهب : القطع بانفكاك نصيبه ، ولا نظر إلى اتحاد الوكيل وتعمده . قال الامام : لأن مدار الباب على اتحاد الدين وتعمده ، ومتى تعدد المستحق أو المستحق عليه ، تعدد الدين . ويخالف هذا ، البيع والشراء ، حيث ذكرنا خلافاً في أن الاعتبار في تمدد الصفة واتحادها بالمتبايعين ، أم بالوكيل ؟ لأن الرهن ليس عقد ضمان حتى ينظر فيه إلى المباشر .

الخامس : إذا استعار عبداً من مالكيه ليرهنه ، فرهنه ، ثم أدى نصف الدين ، وقصد به الشيوخ من غير تخصيص بحصة أحدهما ، لم ينفك من الرهن شيء . وإن قصد أداءً عن نصيب أحدهما بعينه لينفك نصيبه ، ففي انفكاكه أقوال . ثالثها : أنه إن علم المرتهن أن العبد للمالكين ، انفك ، وإلا ، فلا ، حكاه الحاملي وغيره . قال الامام : ولا نعلم لهذا وجهاً ، لأن عدم الانفكاك لاتحاد الدين والعاقين ، ولا يختلف ذلك بالجهل والعلم ، وإنما أثر الجهل إثبات الخيار . ثم في عيون المسائل ، ما يدل على أن الأظهر الانفكاك .

قلت : صرح صاحب الحاوي ، وغيره ، بأن الانفكاك أظهر . والله أعلم

ولو كان لرجلين عبدان ممتثلين القيمة ، فاستعارهما الرهن ، فرهنهما ، ثم قضى نصف الدين لينفك أحدهما ، فالأصح طرد القولين . وقيل : ينفك قطعاً . وإذا قلنا بالانفكاك ، وكان الرهن مشروطاً في بيع ، فللمرتهن الخيار إذا جهل بأنه للمالكين على الأصح . وقيل : الأظهر . ولو استعار من رجلين ، ورهن عند رجلين ، كان نصيب كل واحد من المالكين مرهوناً عند الرجلين . فلو أراد فك نصيب أحدهما بقضاء نصف دين كل واحد من المرتهين ، فملى القولين . وإن أراد فك نصف العبد بقضاء دين أحدهما ، فله ذلك بلا خلاف . ولو استعار اثنان من واحد ، ورهنهما

عند واحد ، ثم قضى أحدهما ما عليه ، انفك النصف لتعدد الماقد ، هكذا نقول .

قرع

قال في « التهذيب » : لو استعار ليرهن عند واحد ، فرهن عند اثنين ، أو بالعكس ، لم يجز . أما في الصورة الأولى ، فظلمم الاذن ، وأما العكس ، فلأنه إذا رهن عند اثنين ، ينفك بمض الرهن بأداء دين أحدهما ، وإذا رهن عند واحد ، لا ينفك شيء إلا بأداء الجميع ، وتقل صاحب « النعمة » وغيره الجواز في الطرفين ، والأول أصح .

السادس : لو رهن عبداً بمائة ، ثم مات عن اثنين ، فقضى أحدهما حصته من الدين ، ففي انفكك نصيه قولان . أظهرهما : لا ينفك ، وقطع به جماعة ، لأن الرهن صدر أولاً من واحد . ولو مات من عليه دين ، وتعلق الدين بتركته ، فقضى بمض الورثة نصيه ، قال الإمام : لا يبعد أن يخرج انفكك نصيه من التركة على قولين ، بناءً على أن أحد الورثة لو أقر بالدين ، وأنكر الباقي ، هل على المقر أداء جميع الدين من نصيه من التركة ؟ وعلى هذا البناء ، فالأصح الانفكك ، لأن الجديد : أنه لا يلزم أداء جميع الدين مما في يده من التركة . ثم الحكم بانفكك نصيه ، إنما يظهر إذا كان ابتداء التعلق مع ابتداء تعدد الملاك . فلو كان الموت مسبوقاً بالمرض ، كان التعلق سابقاً على ملك الورثة ، فإن الدين أثراً بيناً في الحجر على المريض . فيشبه أن يكون القول في انفكك نصيه ، كما سبق في الصورة السابقة ، ولا فرق بين أن يكون تعلق الدين بالتركة في هذه الصورة ، ثابتاً باقرار الوارث ، أو بينة . وقد قيدها الفزالي ، بما إذا ثبت باقرار الوارث ، وصورة المسألة غنية عن هذا القيد ، ولم يذكره إمام الحرمين .

قلت : قول الامام الرافعي : الحكم بالانفكاك ، إنما يظهر إذا كان ابتداء التعلق ... إلى آخره . هذا خلاف مقتضى إطلاق الامام ، والغزالي ، والظاهر أن المسألة على إطلاقها ، وليست هذه الصورة من الأولى في شيء ، لأن الأولى : في انفكاك نصيب الابن من العين التي رهنها الميت . والثانية : في فك نصيبه من تعلق التركة ، وليس للرهن في الثانية وجود ، ففي قول : ينفك تعلق الدين بنصيبه ، فينفذ تصرفه فيه . وفي قول : لا ينفك التعلق ، فلا ينفذ تصرفه في نصيبه إذا منعنا تصرف الوارث في التركة قبل قضاء الدين . والله أعلم

فرع

إذا كان المرهون للكين ، وانفك نصيب أحدهما بأداء أو إبراء ، فأراد القسمة ، فإن كان مما ينقسم بالاجزاء كالكيل والموزون ، فله أن يقاس المرتين بأذن شريكه ، نص عليه . وإن كان مما لا ينقسم بالاجزاء كالثياب ، والعبيد ، قال المراقبون : لا يجاب إليه . وإن كان أرضاً مختلفة الأجزاء كالدار ، قالوا : لزم الشريك أن يوافقه ، وفي المرتين ، وجهاً . أصحها : له الامتناع لما في القسمة من التبعيض وقلة الرغبة ، هذا ما ذكره المراقبون في طرقهم . وزاد آخرون ، منهم أصحاب القفال ، فقالوا : تجوز القسمة حيث جوزناه مبني على أن القسمة إفراز حق ، فإن جعلناها بيعاً ، فهو بيع المرهون بغيره ، وهو ممتنع . والجمهور أطبقوا على تجوز القسمة هنا ، وجعلوا تأثير كونها بيعاً افتقارها إلى إذن المرتين . ثم إذا جوزنا القسمة ، فطريق الطالب أن يراجع الشريك ، فإن ساعد ، فذاك ، وإلا ، فيرفع الأمر إلى القاضي ليقيم . وفي وجه : لا حاجة إلى إذن الشريك في التماثلات ، لأن قسمتها إجبار ، والصحيح الأول . ولو قاسم المرتين وهو مأذون له من جهة المالك ، أو الحاكم عند امتناع

المالك ، جاز ، وإلا ، فلا . وإذا منعناها فرضي المرتهن ، فالفهوم من كلام الجمهور صحتها . قال الامام : لا يصح وإن رضي ، لأن رضاه إنما يؤثر في فك الرهن . فأما في بيعه بما ليس برهن ليصير رهناً ، فلا . وهذا إشكال قوي .
قلت : ليس بقوي لمن تأمله ، ولا يسلم الحكم الذي ادعاه ، فالعتمد ما قاله الأصحاب . والله أعلم

ولو أراد الراهنان القسمة قبل انفكاك شيء من الرهن ، فملى التفصيل الذي بيناه . ولو رهن واحد عند اثنين ، وقضى نصيب أحدهما ، ثم أراد القسمة ليمتاز ما بقي رهناً ، ففي اشتراط رضى الذي بقي رهنه ما ذكرنا .

الباب الرابع في الاختلاف

التنازع في الرهن يفرض في أمور .

الأول : أصل المقد . فإذا قال : رهنتي ، فأنكر المالك ، أو رهنتي ثوبك ، فقال : بل عبدي . أو بألفين ، فقال : بل بألف . أو رهنتي الأرض بأشجارها ، فقال : بل وحدها ، فالقول قول المالك مع يمينه . ولو قال : رهنتي الأشجار مع الأرض يوم رهن الأرض ، فقال : لم تكن هذه الأشجار أو بعضها يوم رهن الأرض ، بل أحدثتها بعد ، نظر ، فإن كانت الأشجار بحيث لا يتصور وجودها يوم الرهن ، فالمرتهن كاذب ، والقول قول الراهن بلا يمين . وإن كانت بحيث لا يتصور حدوثها بعده ، فالراهن كاذب ، فإن اعترف في مفاوضتها أنه رهن الأرض بما فيها ، كانت الأشجار مرهونة ، ولا حاجة إلى بين المرتهن ، وإن زعم رهن الأرض وحدها ، أو ما سوى الأشجار المختلف فيها ، واقتصر على نفي الوجود ،

فلا يلزم من كذبه في إنكار الوجود كونها مرهونة ، فيطالب بجواب دعوي الرهن .
فإن أصر على إنكار الوجود ، فقد جعل ناكلاً ، وردت اليمين على المرتن . فإن
رجع إلى الاعتراف بالوجود ، وأنكر رهنها ، قلنا إنكاره ، وحلف لجواز صدقه في
نفي الرهن . وإن كان الشجر بحيث يحتمل الوجود يوم رهن الأرض ، والحدوث بعده ،
فالقول قول الراهن . فإذا حلف ، فهي كالشجرة الحادثة بعد الرهن في القلع
وسائر الأحكام ، وقد سبق بيانها . هذا كله تفريع على الاكتفاء منه بإنكار
الوجود ، وهو الصحيح . وفي وجه : لا بد من إنكار الرهن صريحاً . والحكم
بتصديق الراهن في هذه الصورة ، مفروض فيما إذا كان اختلافهما في رهن تبرع .
فإن اختلافهما في رهن مشروط في بيع ، تحالفاً كسائر صفات البيع إذا اختلف فيها .

فصل

لو ادعى رجل على رجلين أنها رهناه عبدهما بمائة ، وأقبضاه ، فأنكرا الرهن ، أو
الرهن والدين جميعاً ، فalcول قولهما مع اليمين . وإن صدقه أحدهما ، فنصيبه رهن
بخمسين ، والقول قول المكذب في نصيبه مع يمينه . فلو شهد المصدق للمدعي على
شريك المكذب ، قبلت شهادته ، فإن شهد معه آخر ، وحلف المدعي ، ثبت رهن
الجميع . ولو زعم كل منهما أنه مارهن نصيبه ، وأن شريكه رهن ، وشهد عليه ،
فوجهان . ويقال : قولان . أحدهما : لا تقبل شهادته ، لأن كل واحد يزعم أن
صاحبه كاذب ظالم بالجحود . وطعن المشهود له في الشاهد ، يمنع قبول شهادته له .
وأصحهما : تقبل ، وبه قال الأكثرون ، لأنه ربما نسيا . فإن تعمدا ، فالكذبة الواحدة
لا توجب الفسق . ولهذا ، لو تخاصم رجلان في شيء ، ثم شهدا في حادثة ، قبلت
شهادتهما وإن كان أحدهما كاذباً في ذلك التخاصم . فعلى هذا ، إذا حلف مع

كل واحد ، أو أقام شاهداً آخر ، ثبت رهن الجميع . وقال ابن القطان : الذي شهد أولاً يقبل ، دون الآخر ، لأنه اتهم خصماً متقياً .

فرع

ادعى رجلان على رجل أنه رهنها وأقبضها ، فإن صدقها أو كذبها ، لم يخف الحكم . وإن صدق أحدهما ، فنصف المبد رهن عنده ، ويحلف الآخر . وهل تقبل شهادة المصدق للكذب ؟ قال ابن كج : نعم . وقال الآخرون : لا . وحكى الامام والنزالي وجهين بناءً على أن الشريكين إذا ادعيا حقاً أو ملكاً بائتياع أو غيره ، فصدق أحدهما ، هل يستبد بالنصف ، أم يشاركه الآخر فيه ؟ فيه وجهان . إن قلنا : يستبد ، قلت ، وإلا ، فلا ، لأنه متهم . وقال البغوي : إن لم ينكر إلا الرهن ، قبل . وإن أنكر الرهن والدين ، فحينئذ يفرق بين دعواها الارث وغيره . والذي ينبغي أن يفتى به ، القبول إن كانت الحال لا تقتضي الشركة ، والمنع إن اقتضت ، لأنه متهم .

فرع

منصوص عليه

ادعى زيد وعمرو على ابني بكر ، أنهما رهننا عندهما عبدما المشترك بينهما بمائة ، فصدق أحد المدعين ، ثبت ما ادعاه ، وكان له على كل واحد منها ربع المائة ، ونصف نصيب كل واحد منهما مرهون به . وإن صدق أحد الابنين زيداً ، والآخر عمراً ، ثبت الرهن في نصف المبد ، لكل واحد من المدعين في ربه ربع المائة . فلو شهد

أحد الاثنين على أخيه ، قلت . ولو شهد أحد المدعين للآخر ، فعلى ما ذكرناه
في الصورة الثانية .

فرع

منصوص في المختصر

ادعى رجلان على رجل ، فقال كل واحد : رهنتي عبدك هذا وأقبضتنيه ،
فان كذبا ، فالقول قوله ، ويحلف لكل واحد يمينا . وإن كذب أحدهما ، وصدق
الآخر ، قضي بالرهن للمصدق . وفي تحليفه للكذب قولان . أظهرهما : لا .
فان قلنا : يحلف ، فنكل ، فحلف المكذب يمين الرد ، ففما يستفيد بها وجهان .
أحدهما : يقضى له بالرهن وينزع من الأول . وأصحها : يأخذ القيمة من المالك ،
ليكون رهناً عنده . وإن صدقها جميعاً ، نظر ، فان لم يدعي السبق ، أو ادعاه كل
منها ، وقال المدعى عليه : لا أعرف السابق ، وصدقه ، فوجهان . أحدهما : يقسم
بينهما ، كما لو تنازعا شيئاً في يد ثالث فاعترف لهما ، وأصحها : يحكم بطلان
العقد ، كما لو زوج وليان ولم يعرف السابق . وإن ادعى كل واحد سبق ، وأن
الراهن عالم بصدقه ، فالقول قوله مع يمينه . فان نكل ، ردت اليمين عليها .
فان حلف أحدهما ، قضي له . وإن حلفا ، أو نكلا ، تعذر معرفة السابق ، وعاد
الوجهان . وإن صدق أحدهما في السبق ، وكذب الآخر ، قضي للمصدق . وهل يحلفه
المكذب ؟ فيه القولان السابقان . وحيث قلنا : مقتضى الصدق ، فذلك إذا لم يكن
العبد في يد المكذب . فان كان ، فقولان . أحدهما : يقضى لصاحب اليد . وأظهرهما :
المصدق يقدم ، لأن اليد لا دلالة لها على الرهن . ولو كان العبد في أيديهما ،

فالمصدق مقدم في النصف الذي في يده ، وفي النصف الآخر ، القولان . والاعتبار في جميع ما ذكرناه بسبق القبض ، لا المقد . حتى لو صدق هذا في سبق المقد ، وهذا في سبق القبض ، قدم الثاني .

قلت : ولو قال المدعى عليه : رهنته عند أحدكم ، ونسيت ، حلف على نفي العلم . فإن نكل ، ردت عليها ، فإن حلفا ، أو نكلا ، انفسخ المقد على المذهب الذي قطع به الجماهير في الطرق ، ونقله الامام وغيره عن الأصحاب . وخرج وجه : أنه لا يفسخ ، بل يفسخه الحاكم ، وبهذا الوجه قطع صاحب « الوسيط » ، وهو شاذ ضعيف . وإن حلف الراهن على نفي العلم ، تحالفا على الصحيح ، كما لو نكل . وفي وجه : انتهت الخصومة . والله أعلم

فرع

دفع متاعاً إلى رجل ، وأرسله إلى غيره . يستقرض منه للدفع ويرهن المتاع ، ففعل ، ثم اختلفا ، فقال المرسل إليه : استقرض مائة ورهنه بها ، وقال المرسل : لم آذن إلا في خمسين ، نظر ، إن صدق الرسول المرسل ، فالمرسل إليه مدّع على المرسل بالاذن ، وعلى الرسول بالأخذ ، فالقول قولهما في نفي دعواه . وإن صدق المرسل إليه ، فالقول في نفي الزيادة قول المرسل ، ولا يرجع المرسل إليه على الرسول بالزيادة إن صدقه في الدفع إلى المرسل ، لأنه مظلوم بزعمه . وإن لم يصدقه ، رجع عليه . هكذا ذكره ، وفيه إشكال . وينبغي أن يرجع على الرسول وإن صدقه في الدفع إلى المرسل .

الأمور الثاني : القبض . فإذا تنازعا في قبض الرهون ، فإن كان في وقت النزاع في يد الراهن ، فالقول قوله مع يمينه . وإن كان في يد المرتهن وقال :

قبضته عن الرهن ، وأنكر الراهن ، فقال : بل غصبته ، فالقول قول الراهن على الصحيح . وقيل : قول المرتن ، وهو شاذ ضعيف . وإن قال الراهن : بل قبضته عن جهة أخرى مأذون فيها ، بأن قال : أودعته ، أو أعرت ، أو أكرت ، أو أكرته إفلان فأكراهه ، فهل القول قول المرتن ، لاتفاقها على قبض مأذون فيه ، أو قول الراهن ، لأن الأصل عدم ما ادعاه ؟ وجهان . أصحها : الثاني ، وهو المنصوص . ويجري مثل هذا التفصيل ، فيما إذا اختلف البائع والمشتري ، حيث كان للبائع حق الحبس ، وصادفنا المبيع في يد المشتري ، فادعى البائع أنه أعاره ، أو أودعه ، لكن الأصح هنا حصول القبض ، لقوة يده بالملك . وهذا تبرع على أنه لا يبطل حق الحبس بالإعارة والابداع ، وفيه خلاف سبق . ولو صدقه الراهن في إذنه في القبض على جهة الرهن ، ولكن قال : رجعت قبل قبضك ، فالقول قول المرتن في عدم الرجوع ، لأن الأصل عدمه . ولو قال الراهن : لم يقبضه بعد ، وقال المرتن قبضته ، فمن كان المرهون في يده منها ، فالقول قوله باتفاق الأصحاب ، وعليه حملوا النصين المختلفين في الأم .

فرع

إقرار الراهن بأقباض المرهون ، مقبول ملازم ، لكن بشرط الامكان . حتى لو قال : رهته اليوم داري بالشام ، وأقبضته إياها وهما بمكة ، فهو لاغٍ . ولو قامت البيئة على إقراره بالأقباض في موضع الامكان ، فقال : لم يكن لإقراري عن حقيقة ، فحلفوه أنه قبض ، نظر ، إن ذكر لإقراره تأويلاً ، بأن قال : كنت أقبضته بالقول ، وظننت أنه يكفي قبضاً ، أو وقع إلي كتاب على لسان وكيلي بأنه أقبض وكان مزوراً ، أو قال : أشهدت على رسم القبالة قبل حقيقة القبض ، فله تخليفه . وإن لم يذكر تأويلاً ، فوجهان . أصحها عند المراقين : يحلفه ، وبه قال

ابن خيران وغيره ، وهو ظاهر النص . وأصحها عند الراوزة : لا ، وبه قال أبو إسحاق .

قلت : طريقة المراقين أقه وأصح . والله أعلم

وقد حكى في « الوسيط » وجهاً : أنه لا يحلفه مطلقاً وإن ذكر تأويلاً . وهذا الوجه غريب ضيف مخالف لما قطع به الأصحاب . ولولم يقم بينة على إقراره ، بل أقر في مجلس القضاء بعد توجه الدعوى عليه ، فوجهان . قال الثقال : لا يحلفه وإن ذكر تأويلاً ، لأنه لا يكاد يقر عند القاضي إلا عن تحقيق . وقال غيره : لا فرق ، لشمول الامكان . ولو شهد الشهود على نفس القبض ، فليس له التحليف بحال ، وكذا لو شهدوا على إقراره ، فقال : ما أقرت ، لأنه تكذيب للشهود .

فرع

لو كان الرهن مشروطاً في بيع ، فقال المشتري : أقبضت ، ثم تلف الرهن ، فلا خيار لك في البيع ، وأقام على إقراره بالقبض حجة ، فأراد المرتن تحليفه ، فهو كما ذكرنا في إقرار الراهن ، وطلب الراهن بين المرتن . ويقاس على هذا ، ما إذا قامت بينة بإقراره لزيد بألف ، فقال : إنما أقرت وأشهدت ليقرضني ، ثم لم يقرضني ، وكذا سائر نظائرها .

الأمور الثالث : الجنابة ، وهي ضربان .

الأول : جنبي على البعد المرهون ، فأقر رجل أنه الجنابي ، فإن صدقه المترامنان أو كذبه ، لم يخف حكمة . وإن صدقه الراهن فقط ، أخذ الأرض وفاز به ، فليس للمرتن التوثق به . وإن صدقه المرتن فقط ، أخذ الأرض وكان مرهوناً .

فان قضى الدين من غيره ، أو أبرأه المرتهن ، فالأصح: أنه يرد الأرض إلى المقر .
والثاني : يجعل في بيت المال ، لأنه مال ضائع لا يدّعيه أحد .
الضرب الثاني : جناية المرهون ، والنزاع في جنايته ، يقع تارة بعد لزوم الرهن ،
وتارة قبله .

الحال الأول : بدمه ، فإذا أقر المرتهن بأنه جنى ، وواقفه العبد أم لا ، فالقول
قول الراهن مع يمينه . وإذا بيع في دين المرتهن ، لم يلزمه تسليم الثمن إليه بإقراره
السابق . ولو أقر الراهن بجنايته ، وأنكر المرتهن ، فالقول قوله . وإذا بيع في
الدين ، فلا شيء المقر له على الراهن . وحكى ابن كج وجهاً : أنه يقبل إقرار
الراهن ، ويباع العبد في الجناية ، ويفرم الراهن للمرتهن .

الحال الثاني : تنازعا في جنايته قبل لزوم الرهن ، فأقر الراهن بأنه كان أتلف
مالاً ، أو جنى جناية توجب المال ، فان لم يمين المجني عليه ، أو عينه فلم يصدقه ،
أو لم يدّع ذلك ، فالرهن مستمر بحاله . وإن عينه وادعاه المجني عليه ، نظر ، إن
صدقه المرتهن ، يبيع في الجناية ، والمرتهن بالخيار إن كان الرهن مشروطاً في بيع .
وإن كذبه ، فقولان . أظهرهما : لا يقبل قول الراهن ، صيانة لحق المرتهن . والثاني :
يقبل ، لأنه مالك . ويجري القولان فيما لو قال : كنت غصبته ، أو اشتريته شراءً
فاسداً ، أو بعه ، أو وهبه وأقبضته وأعتقته . ولا حاجة في صورة المتق إلى
تصديق العبد ودعواه ، بخلاف المقر له في باقي الصور . وفي الاقرار بالمتق قول
ثالث : أنه إن كان موسراً ، نفذ ، وإلا ، فلا ، كالاتاق . وتقل الامام هذا
القول في جميع هذه الصور . فان قلنا : لا يقبل إقرار الراهن ، فالقول في بقاء
الرهن قول المرتهن مع يمينه ، ويحلف على نفي العلم بالجناية . وإذا حلف واستمر
الرهن ، فهل يفرم الراهن للمجني عليه ؟ قولان . قال الأئمة . أظهرهما : يفرم كما
لو قبّله ، لأنه حال بينه وبين حقه ، وهما كالتقولين فيمن أقر بالدار لزيد ، ثم لمعرو ،

هل يفرم لمرو ؟ ويعبر عنها بقولي الفرم للحيلولة ، لأنه بإقراره الأول حال بين من أقر له ثانياً وبين حقه . فان قلنا : يفرم ، طوب في الحال إن كان موسراً . وإن كان مصرراً ، فاذا أيسر . وفيما يفرم للمجني عليه ؟ طريقان . أحدهما : على قولين . أظهرهما : الأقل من قيمته وأرش الجناية . وثانيهما : الارش بالنأ ما بلغ . والطريق الثاني وهو المذهب وبه قال الأكثرون : يفرم الأقل قطعاً ، كأم الولد ، لامتناع البيع ، بخلاف القن . وإذا قلنا : لا يفرم الراهن ، فان بيع في الدين ، فلا شيء عليه . لكن لو ملكه ، لزمه تسليمه في الجناية ، وكذا لو انفك رهنه . هذا كله إذا حلف المرتن ، فان نكل ، فعلى من ترد اليمين ؟ قولان . ويقال : وجهان . أحدهما : على الراهن ، لأنه مالك المبد ، والخصومة تجري بينه وبين المرتن . وأظهرهما : على المجني عليه ، لأن الحق له ، والراهن لا يدعي لنفسه شيئاً . فاذا حلف الردود عليه منهما ، بيع المبد في الجناية ، ولا خيار للمرتن في فسخ البيع المشروط فيه ، لأن فواته حصل بتكوله . ثم إن كان يستغرق الواجب قيمته ، بيع كله ، وإلا فبقدر الأرض . وهل يكون الباقي رهناً ؟ وجهان . أصحها : لا ، لأن اليمين الردودة كالينة ، أو كالأقرار بأنه كان جانباً في الابتداء ، فلا يصح رهن شيء منه . وإذا رددنا على الراهن ، فنكل ، فهل يرد على المجني عليه ؟ قولان . ويقال : وجهان . أحدهما : نعم ، لأن الحق له . وأصحها : لا ، لأن اليمين لا ترد مرة بعد أخرى . فعلى هذا ، نكول الراهن كحلف المرتن في تقرير الرهن . وهل يفرم الراهن للمجني عليه ؟ فيه القولان . وإن رددناه على المجني عليه فنكل ، قال الشيخ أبو محمد : تسقط دعواه ، وانتهت الخصومة . وطرد المراقبون في الرد منه على الراهن الخلاف المذكور في عكسه . وإذا لم ترد ، لا يفرم له الراهن ، قولاً واحداً ، وتحال الحيلولة على نكوله ، هذا تمام التفريع على أحد القولين في أصل المسألة ، وهو أن الراهن لا يقبل لإقراره . فان قبلناه ، فهل يحلف ، أم يقبل بلا يمين ؟ قولان ، أو وجهان . أحدهما :

لا يحلف ، لأن اليمين للزجر ليرجع الكاذب. وهنا لا يقبل رجوعه . وأصحها عند الشيخ أبي حامد ومن وافقه: يحلف لحق الرهن ، ويحلف على البت . وسواء حلفناه ، أم لا ، فيباع العبد في الجناية كله أو بعضه على ما سبق ، وللرهن الخيار في فسخ البيع . وإن نكل ، حلف الرهن ، لأننا إنمّا حلفنا الراهن لحقه . وفي فائدة حلفه قولان حكاهما الصيدلاني وغيره . أظريهما : أن فائدته : تقدير الرهن في العبد على ما هو قياس الخصومات . والثاني : فائدته : أن يغرم الراهن قيمته ، ليكون رهناً مكانه ، ويباع العبد في الجناية بأقرار الراهن . فإن قلنا بالأول ، فهل يغرم الراهن للمقر له لكونه حال بنكوله بينه وبين حقه ؟ فيه القولان السابقان . وإن قلنا بالثاني ، فهل للرهن الخيار في فسخ البيع ؟ وجهان . أصحهما : نعم ، لفوات العين المشروطة . والثاني : لا ، لحصول الوثيقة بالقيمة . وإن نكل الرهن ، يبيع العبد في الجناية ، ولا خيار له في فسخ البيع ، ولا غرم على الراهن . وجميع ما ذكرناه مبني على أن رهن الجاني لا يصح ، فإن صححناه ، خفيل : يقبل إقراره قطعاً ، فيغرم المجني عليه ، ويستمر الرهن . وقال آخرون : بطرد القولين . ووجه المنع : أنه يحل بلزوم الرهن ، لأن المجني عليه يبيع المرهون لو عجز عن تفريم الراهن .

فرع

لو أقر السيد عليه بجناية توجب الفصاص ، لم يقبل إقراره على العبد ، فلو قال ، هم عفا على مال ، فهو كما لو أقر بما يوجب المال .

فرع

لو أقر بالمتق وقلنا : لا يقبل ، فالذهب والنصوص : أنه يجمل كانشاء الاعتاق.

وفيه الأقوال ، لأن من ملك لإنشاء أمر ، قبل إقراره به . ونقل الامام في نفوذه .
وجهين ، مع قولنا : ينفذ الانشاء .

فرع

رهن الجارية الموطوءة جائز ، ولا يمنع من التصرف ، لاحتمال الحل . فاذا رهن جارية ، فأنت بولد ، فان كان الانفصال لدون ستة أشهر من الوطاء ، أو لأكثر من أربع سنين ، فالرهن بحاله ، والولد مملوك له ، لأنه لا يلحق به . وإن كان لسته أشهر فأكثر إلى أربع سنين ، فقال الراهن : هذا الولد مني ، وكنت وطئتها قبل لزوم الرهن ، فان صدقه المرتن ، أو قامت بينة ، فهي أم ولد له ، والرهن باطل ، والمرتن فسخ البيع المشروط فيه رهنها . وإن كذبه ولا بينة ، ففي قبول إقراره لثبوت الاستيلاء ، قولان ، كإقراره بالعتق ونظائره ، والتفريع كما سبق . وعلى كل حال ، فالولد حر ثابت النسب عند الامكان . ولو لم يصادف ولداً في الحال ، وزعم الراهن أنها ولدت منه قبل الرهن ، ففيه التفصيل السابق والخلاف ، وحيث قلنا : يحلف الحفي عليه ، تحلف المستولدة ، فانها في مرتبته ، وفي العتق يحلف العبد . قلت : ولو أقر بأنه استولدها بعد لزوم الرهن ، فان لم ينفذ استيلاءه ، لم يقبل إقراره ، وإلا ، ففيه الوجهان السابقان في إقراره بالعتق ، أصحهما : يقبل .

والله أعلم

فرع

لو باع عبداً ، ثم أقر بأنه كان غصبه ، أو باعه ، أو اشتراه شراءً فاسداً ، لم يقبل قوله ، لأنه أقر في ملك الغير ، وهو مردود ظاهراً ، ويخالف إقرار الراهن ،

فانه في ملكه . وقيل بطرد الخلاف ، والمذهب : الأول . وعلى هذا ، فالقول قول المشتري . فان نكل ، فهل الرد على المدعي ، أم على المقر البائع ؟ قولان . ولو أجّر عبداً ، ثم قال : كنت بتمه ، أو أجرته ، أو أعتقته ، ففيه الخلاف المذكور في الرهن ، كبقاء الملك . ولو كاتبه ، ثم أقر بما لا يصح منه كتابة ، قال ابن كج : فيه الخلاف . وقطع الشيخ أبو حامد بأنه لا يقبل ، لأن المكاتب كمن زال ملكه عنه .

الأمر الرابع : ما يفك به الرهن . فإذا أدن المرتهن في بيع الرهن ، فباع الراهن ، ورجع المرتهن عن الاذن ، ثم اختلفا ، فقال : رجعت قبل البيع ، فلم يصح ، وبقي رهناً كما كان ، وقال الراهن : بل رجعت بتمه ، فالقول قول المرتهن على الأصح عند الأكثرين ، وقيل : قول الراهن . وقال في « التهذيب » : إن قال الراهن أولاً : تصرفت باذنك ، ثم قال المرتهن : كنت رجعت قبله ، فالقول قول الراهن . وإن قال : رجعت ، ثم قال الراهن : كنت بتم قبل رجوعك ، فالقول قول المرتهن . ولو أنكر الراهن أصل الرجوع ، فالقول قوله مع يمينه .

فصل

عليه دينان ، أحدهما حال ، وبه رهن ، أو كفيل ، أو هو ممن مبيع محبوس به ، فسلم إليه ألفاً ، وقال : أعطيتك عنه ، وقال القابض : بل عن الدين الآخر ، فالقول قول الدافع ، سواء اختلفا في نيته أو لفظه . قال الأئمة : فالاعتبار في أداء الدين بقصد المؤدي . حتى لو ظن المستحق أنه يودعه عنده ، ونوي من عليه الدين أداء الدين ، برئت ذمته ، وصار المدفوع ملكاً للقابض .

فرع

كان عليه دينان ، فأدى عن أحدهما بيمينه ، وقع عنه . وإن ادعى عنها ، قسط

عليها . وإن لم يقصد في الحال شيئاً ، فوجهان . أصحابها : راجع ، فيصرفه إليهما أو إلى ما شاء منها . والثاني : يقع عنهما . وعلى هذا تردد الصيدلاني في حكايته ، أنه يوزع عليها بالتسوية ، أم بالتقسيط ؟ وعلى هذا انقياس نظائر المسألة ، كما إذا تباع مشركان درهماً بدرهمين ، وسلم الزيادة من التزامها ، ثم أسدا ، فإن قصد تسليمه عن الزيادة ، لزمه الأصل ، وإن قصد تسليمه عن الأصل فلا شيء عليه . وإن قصد تسليمه عنهما ، وزّع عليهما ، وسقط ما بقي من الزيادة . وإن لم يقصد شيئاً ، ففيه الوجهان . ولو كان زيد عليه مائة ، ولم يرو مثلاً ، فوكلاً وكيلاً بالاستيفاء ، فدفع المديون إلى الوكيل زيد أو لم يرو ، فذاك ، وإن أطلق ، فعلى الوجهين . ولو قال : خذه وادفعه إلى فلان ، أو إليهما ، فهذا توكيل منه بالأداء ، وله التخيير ما لم يصل إلى المستحق . قلت : هذا الذي ذكره ، اقتصار على الأصح . فقد قال إمام الحرمين : إذا قال من عليه الدين لهذا الوكيل : خذ الألف وادفعه إلى فلان ، فوجهان . أفقهما أنه بالقبض ينزل عن وكالة المستحق ، وصار وكيلاً للمديون . والثاني : يبقى وكيلاً للأول . فعلى هذا ، لو تلف في يد الوكيل بغير تقصير ، فمن ضمان صاحب الدين وقد برىء الدافع . وعلى الأول : هو من ضمان الدافع ، والدين باقٍ عليه . وإن قصر الوكيل ، فعليه الضمان . وأيهما يطالبه ؟ فيه الوجهان . قال الامام : ولا يشترط في جريان الوجهين قبول الوكيل صريحاً بالقول ، بل مجرد قوله : ادفع إلى فلان ، فيه الوجهان . والله أعلم

ولو أبرأ مستحق الدينين المديون عن مائة ، وكل واحد منهما مائة ، فإن قصدهما أو أحدهما ، فهو لا قصد . وإن أطلق ، فعلى الوجهين . وإن اختلفا فقال البريء : أبرأت عن الدين الخالي عن الرهن والكفيل ، فقال المديون : بل عن الآخر ، فالقول قول البريء مع يمينه .

فصل

اختلفا في قِدم عيب الرهون وحدثه ، فقد سبق بيانه في « كتاب البيع » .
ولو رهنه عَصيراً ، ثم بعد قبضه اختلفا ، فقال المرتهن : قبضته وقد تخمر ، فلي الخيار
في فسخ البيع المشروط ، وقال الراهن : بل صار عندك خمرأ ، فالأظهر : أن القول
قول الراهن ، لأن الأصل بقاء لزوم البيع . والثاني : قول المرتهن ، لأن الأصل
عدم قبض صحيح . ولو زعم المرتهن أنه كان خمرأ يوم العقد ، وكان شرطه في
البيع شرط رهن فاسد ، فقبل بطرد القولين . وقيل : القول قول المرتهن
قطعاً . ولو سلم البعد المشروط رهنه ملتفاً بثوب ، ثم وجد ميتاً ، فقال الراهن :
حان عندك ، فقال : بل أعطيتني ميتاً ، فأبها يقبل ؟ فيه القولان . ولو اشترى
مائماً ، وجاء بطرف فصبه البائع فيه ، فوجدت فيه فأرة ميتة ، فقال البائع : كانت في
ظرفك ، وقال المشتري : قبضته وفيه الفأرة ، فيمين يصدق القولان . ولو زعم المشتري
كونها فيه حال البيع ، فهذا اختلاف في جريان العقد صحيحاً ، أم فاسداً ؟ وقد
سبق بيانه .

فصل

ليس للراهن أن يقول : أحضر الرهون وأنا أقضي دينك من مالي ، [بل] لا يلزمه
الاحضار بعد قضائه ، وإنما عليه التمكين كالمودع . والاحضار ، وما يحتاج إليه
من مؤنة على رب المال . ولو احتيج إلى بيعه في الدين ، فؤنة الاحضار على الراهن .
قلت : قال صاحب « المأياة » : إذا رهن شيئاً ولم يشرط جملة في يد عدل ،
أو المرتهن ، فإن كان جارية ، صح قطعاً ، وكذا غيرها على الصحيح . والفرق أنها
[لا تكون في يد المرتهن ، وغيرها قد يكون ، فيتنازعان . قال أصحابنا : لو كان

بالرهون عيب، ولم يعلم به المرتهن حتى مات ، أو حدث به عيب في يده ، لم يكن له فسخ البيع الشروط فيه ، كما لو جرى ذلك في يد المشتوي ، وليس له أن يطالب بالارش ليكون مرهوناً ، صرح به القاضي أبو الطيب وغيره . قال القاضي : ولو رهن عبدان ، وسلم أحدهما فئات في يد المرتهن ، وامتنع الراهن من تسليم الآخر ، لم يكن له خيار في فسخ البيع ، لأنه لم يمكنه رده على حاله . والله أعلم

كتائب الفيلس

الفيلس في اللغة : النداء على الفيلس، وشهره بصفة الافلاس . وأما في الشرع ، فقال الأئمة : الفيلس : من عليه ديون لا يفي بها ماله . ومثل هذا الشخص يحجر عليه القاضي بالشرائط التي تذكرها إن شاء الله تعالى . وإذا حجر عليه ، ثبت حكمه . أحدهما : تعلق الدين بماله حتى لا ينفذ تصرفه فيه بما يضر بالفرماء ، ولا تراحمها الديون الحادثة ، كما سيأتي إن شاء الله تعالى . والثاني : أن من وجد عند الفيلس عين ماله ، كان أحق به من غيره . فلو مات مفلساً قبل الحجز عليه ، تطلت الديون بتركته كما سبق في الرهن . ولا فرق في ذلك بين الفيلس وغيره ، ولكن يثبت الحكم الثاني ، ويكون موته مفلساً كالحجر عليه . ولو كان مال الميت وافيًا بديونه ، فالصحيح : أنه لا يرجع في عين المبيع ، كما في حال الحياة ، لتيسر الثمن . وقال الاصطخري : يرجع . واعلم أن التعلق المانع من التصرف ، يفتقر إلى حجز القاضي عليه قطعاً . وكذا الرجوع إلى عين المبيع . هذا هو الذي يدل عليه كلام الأصحاب تمريضاً وتصريحاً . وقد يشعر بعض كلامهم بالاستثناء فيه عن حجز القاضي ، ولكن المستند الأول .

فصل

يحجر القاضي على الفيلس بالتماس الفرماء الحجر عليه بالديون الحادثة الزائدة على قدر ماله ، خفيه قيود .

الأول : الالتماس ، فلا بد منه . فليس للقاضي الحجر بغير التماس ، لأن الحق لهم . فلو

كانت الديون لجائنين ، أو صبيان ، أو محجور عليه بسفه ، حجر اصاحتهم بلا التماس ، ولا يحجر لدين الغائبين ، لأنه لا يستوفي مالهم في الذمم ، إنما يحفظ أعيان أموالهم . قلت : وإذا وجد الاتماس مع باقي الشروط المجوزة للحجر ، وجب على الحاكم الحجر ، صرح به أصحابنا كالقاضي أبي الطيب ، وأصحاب « الحاوي » و « الشامل » و « البسيط » وآخرين . وإنما نهى عليه ، لأن عبارة كثيرين من أصحابنا : « فللقاضي الحجر » ، وليس مرادهم أنه مخير فيه . والله أعلم

القييد الثاني : كون الاتماس من الغرماء ، فلو التمس بعضهم ودّينه قدر يجوز الحجر به ، حجر ، وإلا ، فلا ، على الأصح . وإذا حجر ، لا يختص أثره بالتمس ، بل بعمهم كلهم .

قلت : أطلق أبو الطيب وأصحاب « الحاوي » و « التتمة » و « التهذيب » : أنه إذا عجز ماله عن ديونه ، فطلب الحجر بعض الغرماء ، حجر ، ولم يعتبروا قدر دين الطالب ، وهذا قوي . والله أعلم

ولو لم يلتمس أحد عنهم ، والتمسه المفلس ، حجر على الأصح ، لأن له غرضاً . القيد الثالث : كون الدين حالاً ، فلا حجر بالمؤجل وإن لم يف المأل به ، لأنه لا مطالبة في الحال . فإن كان بعضه حالاً ، فإن كان قدراً يجوز الحجر له [حجر] وإلا ، فلا .

فرع

إذا حجر عليه بالفلس ، لا يحل ما عليه من الدين المؤجل على المشهور ، لأن الأجل حق مقصود له ، فلا يفوت . وفي قول : يحل كالوت . فملى هذا القول ، لو لم يكن عليه إلا مؤجل ، هل يحجر عليه ؟ وجهان . الصحيح : لا . ولو جن وعليه مؤجل ،

حل على المشهور . فان قلنا بالحلول ، قسم المال بين أصحاب هذه الديون . وأصحاب الحالة من الابتداء ، كما لو مات . وإن كانت في المؤجل ثمن متاع موجود عند المفلس ، فلبائعه الرجوع إلى عينه ، كما لو كان حالاً في الابتداء . وفي وجه : أن فائدة الحلول ، أن لا يتعلق بذلك المتاع حق غير بائه ، فيحفظه إلى مضي المدة . فان وجد وفاءً ، فذاك ، وإلا فحينئذٍ يفسخ . وقيل : لا فسخ حينئذٍ أيضاً . بل لو باع بمؤجل وحل الأجل ، ثم أفلس المشتري وحجر عليه ، فليس للبائع الفسخ والرجوع . والأول : أصح . وإن قلنا بعدم الحلول ، يبيع ماله ، وقسم على أصحاب الحال ، ولا يدخر لأصحاب المؤجل شيء ، ولا يدام الحجر عليه بعد القسمة لأصحاب المؤجل ، كما لا يحجر به ابتداءً . وهل تدخل في البيع الأتمته المشتراة بمؤجل ؟ وجهان . أصحابها : نعم ، كسائر أمواله ، وليس لبائعهما تعلق بها ، لأنه لا مطالبة في الحال على هذا . فان لم يتفق بينهما وقسمتها حتى حل الأجل ، ففي جواز الفسخ الآن وجهان .

قلت : أصحابها : الجواز ، قاله في « الوجيز » . والله أعلم

والوجه الثاني : لا تباع ، فانها كالرهونة بحقوق بائعها ، بل توقف إلى انقضاء الأجل ، فان انقضى والحجر باقٍ ، ثبت حق الفسخ . وإن فك ، فكذلك ، ولا حاجة إلى إعادة الحجر على الصحيح ، بل عزلها وانتظار الأجل كبقاء الحجر بالاضافة إلى المبيع .

القيد الرابع : ككون الديون زائدة على أمواله . فلو كانت مساوية والرجل كسوب يتفق من كسبه ، فلا حجر . وإن ظهرت أمارات الإفلاس ، بأن لم يكن كسوباً ، وكان يتفق من ماله ، أو لم يف كسبه بنفسه ، فوجهان . أصحابها عند المراقبين : لا حجر ، واختار الامام الحجر . ويجري الوجهان ، فيما إذا كانت

الديون أقل ، وكانت بحيث يظلب على الظن مصيرها إلى النقص أو المساواة ، لكثرة النفقة . وهذه الصورة أولى بالتمنع . وإذا حُجر عليه في صورة المساواة ، فهل لمن وجد عين ماله الرجوع ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، لاطلاق الحديث . والثاني : لا ، لتمكنه من استيفاء الثمن بكامله . وهل تدخل هذه الأعيان في حساب أمواله ، وأثمانها في حساب ديونه ؟ وجهان . أصحها : الإدخال .

فصل

وإذا حُجر عليه ، استحب للحاكم أن يشهد عليه ، ليحذر الناس معاملته . وإذا حُجر ، امتنع منه كل تصرف مبتدئ يصادف المال الموجود عند الحُجر ، فهذه قيود الأول : كون التصرف مصادفاً للمال . والتصرف ضربان . إنشاء ، وإقرار . الأول : الإنشاء ، وهو قسمان . أحدهما : يصادف المال ، وينقسم إلى تحصيل ، كالاحتطاب والانتهاج ، وقبول الوصية ، ولا منع منه قطعاً ، لأنه كامل الحال . وغرض الحُجر : منعه مما يضر الغرماء . وإلى تقويت ، فينظر ، إن تعلق بما بعد الموت وهو التدبير والوصية ، صح ، فإن فضل المال ، نفذ ، وإلا ، فلا . وإن كان غير ذلك ، فاما أن يكون مورده عين مال ، وإما في الذمة ، فها نوعان . الأول : كالبيع ، والهبة ، والرهن ، والاعتاق ، والكتابة ، وفيها قولان . أحدهما : أنها موقوفة ، إن فضل ما يصرف فيه عن الدين لارتفاع القيمة ، أو إبراءً ، فنذناه ، وإلا ، فتبين أنه كان لفوا . وأظهرهما : لا يصح شيء منها ، لتعلق حق الغرماء بالأعيان ، كالرهن . ثم اختلف في محل القولين ، فقيل : هما فيما إذا اقتصر الحاكم على الحُجر ، ولم يجعل ماله لغرمائه حيث وجدوه . فإن جعل ذلك ، لم ينفذ تصرفه قطعاً ، واحتج هؤلاء بقول الشافعي رضي الله عنه : إذا جعل ماله لغرمائه ، فلا

زكاة عايه وطردھا آخرون في الحالين ، وهو الأشهر . قال هؤلاء : وتجب الزكاة على الأظهر ما دام ملكه باقياً ، والنص محمول على ما إذا باعه لهم . فإن نفذناه بعد الحجر ، وجب تأخير ما تصرف فيه ، وقضاء الدين من غيره ، فلهه يفضل ، فإن لم يفضل ، نقضنا من تصرفاته الأضعف فالأضعف ، والأضعف الرهن والهبة ، لخلوها عن العوض ، ثم البيع ، ثم الكتابة ، ثم العتق ، قال الامام : فلو لم يوجد راغب في أموال المفلس إلا في العبد المعتق ، فقال الغرماء : يبعوه ونجزوا حقنا ، ففيه احتمال . وغالب الظن أنهم يجابون .

قلت : هذا الذي ذكره من فسخ الأضعف فالأضعف ، هو الذي قطع به الأصحاب في جميع الطرق ، وحكاه صاحب « المذهب » عن الأصحاب . ثم قال : ويحتمل أن يفسخ الآخر فالآخر ، كما قلنا في تبرعات المريض إذا عجز عنها الثلث ، والمختار ما قاله الأصحاب . فعلى هذا ، لو كان وقف وعتق ، ففي « الشامل » أن العتق يفسخ ، ثم الوقف . وقال صاحب « البيان » : ينبغي أن يفسخ الوقف أولاً ، لأن العتق له قوة وسراية ، وهذا أصح . ولو تناقض الرهن والهبة ، فسخ الرهن ، لأنه لا يملك به العين . والله أعلم

وهذا الذي ذكرناه في بيعه لغير الغرماء ، فإن باعهم ، فسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

النوع الثاني : ما يرد على الذمة بأن اشترى في الذمة ، أو باع طعاماً سَلَمَاً ، فيصح ويثبت في ذمته . وفي قول شاذ : لا يصح .
القسم الثاني : مالا يصادف المال ، فلا منع منه ، كالنكاح ، والطلاق ، والخلع ، واستيفاء القصاص ، والمفوعته ، واستلحاق النسب ، ونفيه باللعان .

الضرب الثاني : الاقرار . فان أقر بدين لزمه قبل الحجر عن معاملة ، أو إتلاف ، أو غيرها ، لزمه ما أقر به . وهل يقبل في حق الرماء ؟ قولان . أحدهما : لا . لئلا يضرهم بالمزاحمة . وأظهرهما : يقبل ، كما لو ثبت بالينة . وكأقرار المريض بدين يزحم غرما الصحة ، ولمدم التهمة الظاهرة . وإن أقر بدين لزمه بعد الحجر ، فان قال : عن معاملة ، لم تقبل في حق الرماء . وإن قال : عن إتلاف أو جناية ، فالمذهب : أنه كما قبل الحجر ، وقيل : كدين المعاملة بعده . وإن أقر بدين ولم ينسبه ، فقياس المذهب : التزويل على الأول ، وجعله كاستناده الى ما قبل الحجر .

قلت : هذا ظاهر إن تمتعت مراجعة المقر . فان أمكنت ، فينبغي أن يراجع ، لأنه يقبل إقراره . والله أعلم

وأما إذا أقر بعين مالٍ لغيره ، فقال : غصبته ، أو استعترته ، أو أخذه سوماً ، فقولان كما لو أسند الدين إلى ما قبل الحجر ، أظهرهما : القبول . لكن إذا قبلناه ، ففائدته هناك مزاحمة المقر له الرماء ، وهنا تسلم إليه العين وإن لم يقبل ، فان فضل ، سلم إليه ، وإلا ، فالقرم في ذمته . والفرق بين الانشاء ، حيث أبطلناه في الحال قطعاً ، وكذا عند زوال الحجر على الأظهر ، وبين الاقرار حيث قبلناه في الفلوس قطعاً ، وفي الرماء على الأظهر ، أن مقصود الحجر ، منعه التصرف ، فأبطلناه . والاقرار إخبار عن ماض ، والحجر لا يسلبه السبارة .

فرع

أقر بسرقة توجب القطع ، قطع . وفي رد المروق ، القولان . والقبول هنا أولى ، لبعده عن التهمة . ولو أقر بما يوجب القصاص ، فمفا على مال ، ففي « التهذيب » أنه كالاقرار بدين الجناية . وقطع بعضهم بالقبول ، لانتفاء التهمة .

فرع

ادّعي عليه مال لزمه قبل الحجر ، فأنكر ونكل ، فحلف المدعي ، إن قلنا : النكول ورد اليمين كالينة ، زاحم ، وإن قلنا : كالأقرار ، فعلى القولين .
القيد الثاني : كونه مصادفاً للمال الموجود عند الحجر . فلو تجدد بعده باصطياد ، أو اتهاج ، أو قبول وصية ، ففي تعدي الحجر إليه ومنعه التصرف فيه ، وجهان .
أصحها : التعدي . ولو اشترى في الذمة ، ففي تصرفه ، هذان الوجهان . وهل للبائع الخيار والتعلق بعين متاعه ؟ فيه أوجه . أصحها : اثبات ، وهو إثباته للجاهل دون العالم . فإن لم تثبته ، فهل يزاحم الغرماء بالثمن ؟ وجهان . أصحها : لا ، لأنه حادث برضى مستحقه ، والمزاحمة بالدين الحادث ثلاثة أقسام .

أحدها : ما لزم برضى مستحقه . فإن كان في مقابلته شيء ، كثمن البيع ، ففيه هذان الوجهان ، وإلا ، فلا مزاحمة بلا خلاف ، بل يصير إلى انفكاك الحجر .
الثاني : ما لزم بغير رضى المستحق ، كالجنسية والاتلاف ، فيزاحم به على المذهب ، وبه قطع العراقيون . وقيل : وجهان ، لتعلق حقوق الأدين ، كما لو جنى وليس له إلا عبد مرهون ، لا يزاحم المحجى عليه المرتهن .

الثالث : ما يتجدد بسبب مؤنة المال ، كأجرة الكيال ، والوزان ، والحمال والمنادي ، والدلال ، وكراء البيت الذي فيه المتاع ، فهذه المؤن تقدم على حقوق الغرماء ، لأنها لمصلحة الحجر . هذا إن لم نجد متبرعا . فإن وجد ، أو كان في بيت المال سعة ، لم يصرف مال المفلس إليها .

قلت : لو تجدد دين بعد الحجر ، وأقر بسابق وقلنا : لا مزاحمة بها ، فهذا سواء ، وما فضل .

قسم بينهما ، قاله في « التتمة » . والله أعلم

القيد الثالث : كون التصرف مبتدأ ، فلو اشترى شيئاً قبل الحجر ، فوجده بعد الحجر معيباً ، فله رده إن كان في الرد غبطة ، لأن الحجر لا ينمطف على ماض ، فإن منع من الرد عيب حادث ، لزمه الارش ، ولم يملك الفلّس إسقاطه . وإن كانت الغبطة في بقائه ، لم يملك رده ، لأنه تقويت بنير عوض . ولهذا نص الشافعي رضي الله عنه ، على أنه لو اشترى في صحته شيئاً ، ثم مرض ، ووجده معيباً ، فأمسكه والغبطة في رده ، كان القدر الذي تقصه العيب محسوباً من الثالث ، وكذلك الولي إذا وجد ما اشتراه للطفل معيباً ، لا يرده إذا كانت الغبطة في بقائه ، ولا يثبت الارش في هذه الصورة ، لأن الرد غير ممتنع في نفسه ، وإغما المصلحة تقتضي الامتناع .

فرع

لو تباينا بشرط الخيار ، ففليسا أو أحدهما ، فلكل منها إجازة البيع ورده بغير رضی الغرماء ، هكذا نص عليه الشافعي رضي الله عنه . وفيه ثلاثة طرق .
أصحها : الأخذ بظاهره ، فيجوز الفسخ والإجازة على وفق الغبطة ، وعلى خلافها ، لأنه إغما يمنع من ابتداء تصرف . والثاني : تجوزهما بشرط الغبطة كالرد بالعيب .
والثالث : إن وقما على وفق الغبطة ، صح ، وإلا ، فيبني على أقوال الملك في زمن الخيار ، وينظر من أفلس . فإن كان المشتري ، وقلنا : الملك للبائع ، فله المشتري الإجازة والفسخ . وإن قلنا : للمشتري ، فله الإجازة ، لأنها استدامة ملك ، ولا فسخ ، لأنه إزالة . وإن أفلس البائع ، وقلنا : الملك له ، فله الفسخ ، لأنه استدامة ، وليس له الإجازة . وإن قلنا : للمشتري ، فللبائع الفسخ والإجازة .

فصل

من مات وعليه دين ، فادعى وارثه ديناً له على رجل ، وأقام شاهداً وحلف معه ، ثبت الحق وجعل في تركته . فان لم يحلف ، لم ترد اليمين على الغرماء على الجديد . ولو ادعى المحجور عليه بالفلس ديناً والتصوير كما ذكرنا ، لم يحلف الغرماء على المذهب . وقيل : فيه القولان . وحكى الامام عن شيخه طرد الخلاف في ابتداء الدعوى من الغرماء . وعن الأكثرين ، القطع بمنع الدعوى ابتداءً ، وتخصيص الخلاف باليمين بعد دعوى الوارث في المسألة الأولى ، والفلس في الثانية .

قلت : وطرده صاحب « التهذيب » القولين في الدعوى من غريم الميت إذا تركها وارثه . والله أعلم

وسواء كان المدعى عيناً أو ديناً، قاله ابن كج : وفرع على قولنا : يحلف الغرماء، أنه لو حلف بعضهم فقط ، استحق الخالفون بالقسط، كما لو حلف بعض الورثة . قال : ولو حلفوا ثم أبرئوا من ديونهم ، فهل يكون الخلوفاً عليه لهم وبطل الإبراء ؟ أم يكون للفلس ؟ أم يسقط عن المدعى عليه فلا يستوفى أصلاً ؟ فيه ثلاثة أوجه .

قلت : ينبغي أن يكون أصحابها : كونه للفلس . ويجيء مثله في غرماء الميت، وهذا المذكور عن ابن كج في حلف بعضهم ، قاله آخرون ، منهم صاحب « الحاوي » . ولو ادعى المفلس على رجل مالا، ولم يكن له شاهد ، ونكل المدعى عليه ، ثم المفلس ، ففي حلف الغرماء الخلاف المذكور مع الشاهد ، قاله القاضي أبو الطيب ، وصاحب

« التهذيب » . ولا يحلف الغريم إلا على قدر دينه . والله أعلم

فصل

إذا أراد السفر مَنْ عليه دين ، فإن كان حالاً ، فلصاحبه منه حتى يقضي حقه . قال أصحابنا : وليس هذا ممنأ من السفر ، كما يمنع عبده وزوجه السفر ، بل يشغله عن السفر برفعه إلى مجلس القاضي ومطالبته حتى يوفي (١). وإن كان مؤجلاً ، فإن لم يكن السفر مخوفاً ، فلا منع ، إذ لا مطالبة ، وليس له طلب رهن ولا كفيل قطعاً ، ولا يكلفه الاشارة على الصحيح . وسواء كان الأجل قريباً أم بعيداً ، فإن أراد السفر معه ليطالبه عند حلوله ، فله ذلك بشرط أن لا يلزمه . فإن كان السفر مخوفاً ، كالجهاد ، وركوب البحر ، فلا منع على الأصح مطلقاً . وفي وجهه : يمنع إلى أن يؤدي الحق ، أو يمطي كفيلاً ، قاله الاصطخري . وفي وجهه : إن لم يختلف وفاةً ، منعه . وفي وجهه : إن كان الدين من المرتزة ، لم يمنع الجهاد ، وإلا ، منع ، واختار الروياني مذهب مالك رضي الله عنه فقال : له المطالبة بالكفيل في السفر المخوف ، وفي السفر البعيد عند قرب الحلول .

فصل

إذا ثبت إعسار الديون ، لم يجوز حبسه ، ولا ملازمته ، بل يهل إلى أن

(١) في هامش الاصل ما نصه :

كلام التزير والروضة يوم أن صاحب الدين الحال إذا لم يوجد منه منع ولا إذن ، وذلك بأن لا يطمه أو أعله وسكت ، يجوز للديون السفر ، وليس كذلك ، فقد قال في أوائل السير ، فيمن عليه دين حال لملم أو ذمي : ليس له أن يخرج في سفر جهاد أو غيره إلا بأذنه ، وله أن ينتمه من السفر . هذا كلامه « مهات » .

يوسر . وأما الذي له مال وعليه دين ، فيجب أدائه إذا طلب . فإذا امتنع ، أمره الحاكم به . فإن امتنع ، باع الحاكم ماله وقسمه بين غرمائه . قلت : قال القاضي أبو الطيب والأصحاب : إذا امتنع ، فالحاكم بالخيار ، إن شاء باع ماله عليه بغير إذنه ، وإن شاء أكرهه على بيعه ، وعزّره بالحبس وغيره حتى يبيعه . والله أعلم

فإن التمس الغرماء الحجز عليه ، حجز على الأصح كيلاً يُتلف ماله . فإن أخفى ماله ، حبسه القاضي حتى يظهره . فإن لم يتجزر بالحبس ، زاد في تعذيبه بما يراه من الضرب وغيره . وإن كان ماله ظاهراً ، فهل يجسه لامتناعه ؟ قال في التتمة : فيه وجهان . الذي عليه عمل القضاة ، الحبس . فإن ادعى أنه تلف وصار مفلساً ، فعليه البيّنة . ثم إن شهدوا على التلف ، قبلت شهادتهم ، ولم تعتبر فيهم الخبرة مطلقاً . وإن شهدوا بأعساره ، قبلت بشرط الخبرة الباطنة . قال الصيدلاني : ويجمل قولهم : معسر ، على أنهم وقفوا على تلف المال .

فرع

إذا ادعى المدين أنهُ معسر ، أو قسم مال المحجور عليه على الغرماء ، وبقي بعض الدين ، فزعم أنه لا يملك شيئاً آخر ، وأنكر الغرماء ، نظر ، إن لزمه الدين في مقابلة مال ، بأن اشترى ، أو اقترض ، أو باع سلماً ، فهو كما لو ادعى هلاك المال ، فعليه البيّنة . وإن لزمه لافي مقابلة مال ، فثلاثة أوجه . أصحابها : يقبل قوله بيمينه . والثاني : يحتاج إلى البيّنة . والثالث : إن لزمه باختياره كالصداق والضمان ، لم يقبل ، واحتاج إلى البيّنة ، وإن لزمه لا باختياره كإرش الجناية وغرامة المتلف ، قبل قوله بيمينه ، لأن الظاهر أنه لا يشغل ذمته بمالا يقدر عليه .

فرع

البينة على الاعسار مسموعة ، وإن نعلقت بالنفي للحاجة ، كشهادة أن لا وارث غيره ، وتسمع وإن أقامها في الحال . ويشترط في الشهود مع شروط الشهود ، الخبرة الباطنة كطول الجوار أو المخالطة . فإن عرف القاضي أنهم بهذه الصفة ، فذاك ، وإلا ، فله اعتماد قولهم : إنا بهذه الصفة ، قاله في « النهاية » . ويكفي شاهدان كسائر الحقوق . وقال الفوراني : يشترط ثلاثة ، وهذا شاذ . وفيه حديث في « صحيح مسلم » ، وحمله الجمهور على الاستظهار والاحتياط . وأما صيغة شهادتهم ، فأن يقولوا : هو معسر لا يملك إلا قوت يومه وثياب بدنه . ولو أضافوا إليه : وهو ممن تحل له الصدقة ، جاز ولا يشترط . قال في « التتمة » : ولا يقتضون على أنه لا ملك له ، حتى لا تتمحض شهادتهم نفياً ، لفظاً ومعنى ، ويحلف المشهود له مع البينة ، لجواز أن يكون له مال في الباطن . وهل هذا التحليف واجب ، أم مستحب ؟ قولان . ويقال : وجهان . أظهرهما : الوجوب ، وعلى التقديرين ، هل يتوقف على استدعاء الخصم ؟ وجهان . أحدهما : لا ، كما لو ادعى على ميت أو غائب . فعلى هذا هو من آداب القضاء . وأصحها : نعم . كيمين المدعى عليه . قال الامام : الخلاف فيما إذا سكت ، فأما إذا قال : لست أطلب يمينه ، ورضيت باطلاقه ، فلا يحلف بلا خلاف .

فرع

حيث قلنا قوله مع يمينه ، فيقبل في الحال كالبينة . قال الامام : ويحتمل أن يتأثى القاضي ويسأل عن باطن حاله ، بخلاف البينة . وحيث قلنا : لا يقبل قوله إلا ببينة ، فادعى أن الغرماء يعرفون إعساره ، فله تحليفهم على نفي العلم ، فإن نكلوا ، حلف وثبت إعساره . وإن حلفوا ، حبس . ومما ادعى ثانياً وثالثاً أنه بان لهم

إعساره ، فان له تحليفهم ، قال في « التتمة » : إلا أن يظهر للقاضي انه يقصد الايذاء واللبجاج .

فرع

إذا حبسه ، لا يففل عنه بالكلية . فلو كان غريباً لا يتأتى له إقامة البيئة ، فينبغي أن يوكل به القاضي من يبحث عن وطنه ومنقلبه ، ويتفحص عن أحواله بحسب الطاقة ، فإذا غلب على ظنه إعساره ، شهد به عند القاضي لئلا يتخلد في الحبس ، ومتى ثبت الاعسار ، وخلاه الحاكم ، فعاد الغرماء وادّعوا بعد أيام أنه استفاد مالا ، وأنكر ، فالقول قوله ، وعليهم البيئة . فان أتوا بشاهدين فقالا : رأينا في يده مالا يتصرف فيه ، أخذه الغرماء . فان قال : أخذته من فلان وديمة أو قرصاً ، وصدقه المقر له ، فهو له ولا حق فيه للغرماء . وهل لهم تحليفه : أنه لم يواطىء المقر له ، وأقر عن تحقيق ؟ وجهان . أصحها : لا ، لأنه لو رجع عن إقراره ، لم يقبل . وإن كذبه المقر له ، صرف إلى الغرماء ، ولا يلتفت إلى إقراره لآخر . وإن كان المقر له غائباً ، توقف حتى يحضر ، فان صدقه ، أخذه ، وإلا ، فيأخذه الغرماء .

فرع

في حبس الوالدين بدين الولد ، وجهان . أصحهما عند الفزالي : يحبس . وأصحها في « التهذيب » وغيره ، لا يحبس ، ولا فرق بين دين النفقة وغيره ، ولا بين الولد الصغير والكبير (١) .

(١) في هامش الاصل ما نصه :

وسيرد الوجهان في كتاب الشهادات حيث قال : فرع في جواز حبس الوالدين بدين الولد أوجه الأصح : المنع ، قال الامام : وإليه صار معظم أئمتنا ، والثالث : يحبس في نفقة ولده ، ولا يحبس في ديونه ، حكاه الامام ، واختاره ابن القاص ، وقد سبق الوجهان في كتاب التفليس . هذه عبارته هناك .

قلت : وإذا حبس الفليس ، لم يَأْتَم بترك الجمعة إذا كان معسراً . قال الصيمري :
وقيل : يلزمه استئذان الغريم حتى يمنه ، فيسقط الحضور . والنفقة في الحبس في
ماله على المذهب . وحكى الصيمري ، والشافعي ، وصاحب « البيان » ، فيها وجهين
ثانيتها أنها على الغريم . فإن كان الفليس ذا صنعة ، ممكن من عملها في الحبس على
الأصح . والثاني : يمنع إن علم منه مماثلة بسبب ذلك ، حكاهما الصيمري والشافعي
وصاحب « البيان » . ورأيت في فتاوى الفزالي رحمه الله ، أنه سئل ، هل يمنع
المحبوس من الجمعة والاستمتاع بزوجه ومحادثه أصدقائه ؟ فقال : الرأي إلى القاضي
في تأكيد الحبس بمنع الاستمتاع ومحادثة الصديق ، ولا يمنع من الجمعة إلا إذا ظهرت
المصلحة في منعه . وفي فتاوى صاحب « الشامل » ، أنه إذا أراد شتم الرباحين في
الحبس ، إن كان محتاجاً إليه لمرض ونحوه ، لم يمنع ، وإن كان غير محتاج بل
يريد الترفه ، منع . وأنه يمنع من الاستمتاع بالزوجة ، ولا يمنع من دخولها لحاجة
كجمل الطعام ونحوه . وأن الزوجة إذا حبست في دين استدائنه بغير إذن الزوج ،
فإن ثبت بالبينة ، لم يسقط نفقتها مدة الحبس ، لأنه بغير رضاها فأشبهه المرض .
وإن ثبت بالاقرار ، سقطت ، هكذا قال ، والختار سقوطها في الحالين ، كما لو وطئت
بشبهة فاعتدت ، فلها تسقط ، وإن كانت معذورة . قال أصحابنا : ولو حبس في
حق رجل ، فجاء آخر وادعى عليه ، أخرجه الحاكم فسمع الدعوى ، ثم يرده .
قال في « البيان » ، لو مرض في الحبس ولم يجد من يخدمه فيه ، أخرج . فإن وجد
من يخدمه ، ففي وجوب إخراجه ، وجهان . فإن جن ، أخرج قطعاً . وإذا حبس
لحق جماعة ، لم يكن لواحد إخراجه ، حتى يجتمعوا على إخراجه . ولو حبس لحق غريم ، ثم

استحق آخر حبسه ، جملة القاضي محبوساً للائنين ، فلا يخرج إلا باجتماعهما . قال : وإذا ثبت
إعساره ، أخرجه بغير إذن الغريم^(١) . والله أعلم

فصل

إذا حجب الحاكم على المفلس ، استحب أن يبادر ببيع ماله وقسمته ، لئلا يطول
زمن الحجر ، ولا يفرط في الاستعجال ، لئلا يباع بثمن بخس ، ويستحب أن
يبيع بحضرة المفلس ، أو وكيله ، وكذا يفعل إذا باع المرهون . ويستحب أيضاً
إحضار الغرماء ، ويقدم بيع المرهون والجاني ، ليتجمل حق مستحقيها . فإن فضل
عنها شيء ضم إلى سائر الأموال . وإن بقي من دين الرهن شيء ، ضارب به .
قلت : ويقدم أيضاً المال الذي تطلق به حق عامل القراض ، ويقدم بالربح
المشروط ، صرح به الجرجاني وهو ظاهر . والله أعلم

ويبيع أولاً ما يخاف فساد ، ثم الحيوان ، ثم سائر الذنولات ، ثم المقار ،
ويباع كل شيء في سوقه .

قلت : يبيع كل شيء في سوقه ، مستحب . فلو باع في غيره بثمن مثله ، صح ،
قاله أصحابنا . وهذا المذكور من تقديم بيع المرهون والجاني ، وهو إذا لم يخف
تلف ما يصرع فساد . فإن خيف ، قدم بعه عليها . والله أعلم

(١) في هامش الأصل مانعه : هذه المسألة قد أعادها في الباب الثاني في جامع آداب
القضاء في آخر الطرف الأول منه ، وجزم بالنسج ، وهو مخالف لكل من هذين النقلين
المذكورين هنا ، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى « مهمات » .

ويجب أن يبيع بئمن المثل حالاً من نقد البلد . فإن كانت الديون من غير ذلك النقد ، ولم يرضى المستحقون إلا بجنس حقهم ، صرفه إليه . وإلا فيجوز صرفه إليهم إلا أن يكون سلماً .

قرع

لا يسلم المبيع قبل قبض الثمن ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه . وقد سبق أقواله ، فيما إذا تنازع المتبايعان في البداءة بالتسليم ، فقال أبو إسحاق : نصه هنا تفريع على قولنا يبدأ بالمشتري ، ويحيى عند النزاع قول آخر : أنها يجيران معاً ، ولا يحيى قولنا لا يجير واحد منها ، لأن الحال لا يحتمل التأخير ، ولا قولنا : البداءة بالبائع ، لأن من تصرف لغيره ، لزمه الاحتياط . وقال ابن القطان : تجب البداءة هنا بتسليم الثمن ، بلا خلاف . ثم لو خالف الواجب وسلم قبل قبض الثمن ، ضمن ، وسنذكر إن شاء الله تعالى كيفية الضمان .

قرع

ما يقبضه الحاكم من أثمان أمواله على التدريج إن كان يسهل قسمته عليهم ، فالأدلى أن لا يؤخر . وإن كان يسر لقلته وكثرة الديون ، فله التأخير لتجتمع ، فإن أبو التأخير ، ففي « النهاية » إطلاق القول بأنه يجيبهم . والظاهر ، خلافه وإذا تأخرت القسمة ، فإن وجد من يقرضه إياه ، فعل ، ويشترط فيه الامانة واليسار . وليودع عند من يرضاه الغرماء ، فإن اختلفوا أو تعينوا غير عدل ، فالرأي للحاكم ، ولا يقنع بغير عدل . ولو تلف شيء في يد العدل ، فهو من ضمان المفلس ، سواء كان في حيلة المفلس أو بعد موته .

فرع

لا يكاف الغرماء عند القسمة إقامة البينة على أنه لا غريم سواهم ، ويكفي بأن الحجر قد استفاض . فلو كان غريم ، لظهر وطلب حقه ، هكذا نقله الامام عن صاحب « التقريب » ، ثم قال : ولا فرق عندنا بين القسمة على الغرماء وبين القسمة على الورثة . فإذا قلنا : في الورثة لا بد من بينة بأن لا وارث غيرهم ، فكذا الغرماء . ولفارق أن يفرق بأن الورثة على كل حال أضبط من الغرماء .

قلت : الأصح : قول صاحب « التقريب » ، وهو ظاهر كلام الجمهور . وبفرق أيضاً ، بأن الغريم الموجود ، يتقنا استحقاقه لما يخصه ، وشككتنا في مزاحم . ثم لو قدر مزاحم ، لم يخرج هذا عن كونه يستحق هذا القدر في الذمة ، وليست مزاحمة الغريم متحتمة ، فإنه لو أبرأ أو أعرض ، سلمنا الجميع إلى الآخر ، والوارث يخالفه في جميع ذلك . والله أعلم

وإذا جرت القسمة ، ثم ظهر غريم ، فالصحيح أن القسمة لا تنقض ، ولكن يشاركهم بالحصة ، لأن المقصود يحصل بذلك . وفي وجه ، ينقض فيستأنف . فعلى الصحيح ، لو قسم ماله وهو خمسة عشر على غريمين ، لأحدهما عشرون ، وللآخر عشرة ، فأخذ الأول عشرة ، والآخر خمسة ، فظهر غريم له ثلاثون ، استرد من كل واحد نصف ما أخذه . ولو كان دينهما عشرة وعشرة ، فقسم المال نصفين ، ثم ظهر غريم بعشرة ، رجع على كل واحد بثلث ما أخذه . فإن أئلف أحدهما ما أخذ ، وكان مصراً لا يحصل منه شيء ، فوجهان . أصحابهما : يأخذ الغريم الثالث من الآخر نصف ما أخذه ، وكأنه كل المال . ثم إذا أيسر المثلث ، أخذ منه ثلث ما أخذه ، وقبها بينهما . والثاني : لا يأخذ منه إلا ثلث ما أخذه ، وله

ثلث ما أخذه المتلف دين عليه (١) . ولو ظهر التريم الثالث ، وظهر للمفلس مال عتيق ، أو حادث بعد الحجر ، صرف منه إلى من ظهر بقسط ما أخذه الأولان . فإن فضل شيء قسم على الثلاثة ، وهذا كله في ظهور غريم بدين قديم . فإن كان بحادث بعد الحجر ، فلا مشاركة في المال القديم . وإن ظهر مال قديم ، وحدث مال باحطاب وغيره ، فالقديم للقدماء خاصة ، والحادث للجميع .

فرع

لو خرج شيء مما باعه المفلس قبل الحجر مستحقاً ، والتمن غير باقٍ ، فهو كدين ظهر ، وحكمه ما سبق . وإن باع الحاكم ماله ، فظهر مستحقاً بعد قبض الثمن وتلفه ، رجع المشتري في مال المفلس ، ولا يطالب الحاكم به . ولو نصب أميناً فباعه ، ففي كونه طريقاً ، وجهان . كما ذكرنا في المدل الذي نصبه القاضي ليبيع المرهون .

قلت : أصحها : لا يكون ، قاله صاحب « التهذيب » . والله أعلم

وإذا رجع المشتري أو الأمين إذا جعلناه طريقاً ، وغرم في مال المفلس ، قدما على الغرماء على المذهب ، لأنه من مصالح البيع كاجرة الكيال لئلا يرغب عن الشراء من ماله . وفي قول ، يضاربان . وقيل : إن رجعا قبل القسمة ، قدما . وإن كان بعد القسمة واستئناف حجر بسبب مال تجدد ، ضارباً .

فصل

فيما يباع من مال المفلس

فيه مسائل :

إحداها : ينفق الحاكم على المفلس إلى فراغه من بيع ماله وقسمته ، وكذا

(١) عبارة النزيع هكذا : وثالث ما أخذه المتلف دين له عليه .

ينفق على من عليه مؤنته من الزوجات والاقارب ، لأنه موسر ما لم يزل ملكه .
وكذلك يكسوم بالمروف . هذا إذا لم يكن له كسب يصرف إلى هذه الجهات .
وأما قدر نفقة الزوجات ، فقال الامام : لا شك أن نفقته نفقة المسرين . وقال
الرويانى : نفقة الموسرين . وهذا قياس الباب ، إذ لو كان نفقة المعسر ، لما أنفق
على القريب .

قلت : يرجح قول إمام الحرمين بنص الشافعي رضي الله عنه ، إذ قال في
« المختصر » : أنفق عليه وعلى أهله كل يوم أقل ما يكفيهم من نفقة وكسوة .

والله أعلم

الثانية : يباع مسكنه وخادمه . وإن كان محتاجاً إلى من يخدمه لزمانة ، أو
كان منصبه يقتضي ذلك ، هذا هو المذهب والمنصوص . وفي وجه ، يقيان إذا كانا
لائقين به دون النفيسين . وفي وجه ، يبقى المسكن فقط .

الثالثة : يترك له دست ثياب تليق به ، من قميص ، وسراويل ، ومنمعل ،
ومكعب . وإن كان في الشتاء زاد جبة . ويترك له عمامة ، وطيلسان ، وخف ودراعة
يلبسها فوق القميص ، إن كان يليق به لبسها . وتوقف الامام في الخف والطيلسان
وقال : تركها لا يجرم المروءة . وذكر أن الاعتبار بحاله في إفلاسه ، لا في بسطته
وثروته . لكن المفهوم من كلام الأصحاب ، أنهم لا يوافقونه ويمنمون قوله : تركها
لا يجرم المروءة . ولو كان يلبس قبل إفلاسه فوق ما يليق بمثله رددناه إلى ما يليق ،
ولو كان يلبس دون اللائق تقتيراً ، لم يرد إليه . ويترك لعياله من الثوب ، كما
يترك له . ولا يترك الفرش والبسط ، لكن يسامح باللبد والحصير القليل القيمة .
الرابعة : يترك قوت يوم القسمة له ولبن عليه نفقته ، لأنه موسر في أوله ،

ولا يزداد على نفقة ذلك اليوم . وذكر الغزالي ، أنه يترك له سكنى ذلك اليوم أيضاً ، فاستمر على قياس النفقة ، لكن لم يتعرض له غيره .
الخامسة : كل ما قلنا يترك له ، إن لم نجده في ماله ، اشترى له .

قلت : قال صاحب « التهذيب » : يباع عليه مركوبه ، وإن كان ذامرودة . قال أصحابنا : وإذا مات الفليس ، قدم كفنه ، وحنوطه ، ومؤنة غسله ودفنه على الديون ، وكذلك من مات من عبيده ، وأم ولده ، وزوجته إن أوجبتا عليه كفنها ، وكذلك أقاربه الذين تازمه نفقتهم ، نص عليه في « المختصر » ، واتفقوا عليه . قال في « البيان » وتسلم إليه النفقة يوماً بيوم . والله أعلم

فصل

من قواعد الباب ، أن الفليس لا يؤمر بتحصيل ما ليس بحاصل ، ولا يمكن من تقويت ما هو حاصل . فلو جني عليه أو على عبده ، فله القصاص . ولا يلزمه العفو على مال . فلو كانت الجناية موجبة للمال ، فليس له ولا لوارثه العفو بغير إذن الغرماء . ولو كان أسلم في شيء ، فليس له أن يقبضه مساحاً ببعض الصفات المقصودة المشروطة إلا بأذنهم . ولو كان وهب هبة تقتضي الثواب ، وقلنا : يتقدر الثواب بما يرضى به الواهب ، فله أن يرضى بما شاء . ولا يكلفه طلب زيادة ، لأنه تحصيل . وإن قلنا : يتقدر المثل ، لم يجز الرضى بما دونه . ولو زاد على المثل ، لم يجب القبول . وليس على الفليس أن يكتسب ويؤاجر نفسه ليصرف الكسب والاجرة في الديون ، أو بقيتها . ولو كان له أم ولد أو ضيعة موقوفة عليه ، فهل يؤاجران عليه ؟ وجهان . ميل الامام إلى المنع . وفي تهاليق المرافين ، ما يدل على أن الإيجار أصح . فعلى هذا ، يؤجر مرة بعد أخرى إلى أن يفنى الدين . ومقتضى هذا ، لإدامة الحجر إلى فناء الدين ، وهذا كالاستئجار .

قلت : الايجار أصح ، وصححه في « المحرر » . وذكر الغزالي في « الفتاوى » أنه يجبر على إجارة الوقف ما لم يظهر تفاوت بسبب تعجيل الأجرة إلى حد لا يتقارب به الناس في عرض قضاء الدين ، والتخلص من المطالبة . والله أعلم

فصل

إذا قسم الحاكم مال المفلس بين الغرماء ، فهل ينفك الحجر بنفسه ، أم يحتاج إلى فك الحاكم ؟ وجهان . أصحابها : يحتاج كحجر السفه . هذا إن اعترف الغرماء أن لا مال له سواء . فإن ادعوا مالاً آخر ، فأنكر ، فقد سبق بيانه . ولو اتفق الغرماء على دفع الحجر ، فهل يرتفع كالرهون ، أم لا يرتفع إلا بالحاكم لاحتمال غريم آخر ؟ فيه الوجهان . ولو باع المفلس ماله لغريمه بدينه ولا غريم سواء ، أو حجر عليه لجماعة ، فباعهم أمواله بديونهم ، فهل يصح بغير إذن القاضي ؟ وجهان . أصحابها : لا بد من إذنه . ولو باعه لغريمه بعين أو ببعض دينه ، فهو كالموكل بعه لأجنبي ، لأن ذلك لا يتضمن ارتفاع الحجر عنه ، بخلاف ما إذا باع بكل الدين ، فإنه يسقط الدين ، وإذا سقط ، ارتفع الحجر . ولو باع لأجنبي باذن الغرماء ، لم يصح . وقال الامام : يحتمل أن يصح كبيع المرهون باذن المرمين .

الحكم الثاني : الرجوع في عين المال ، ونقدم عليه مسائل .

إحداها : من حجر عليه بافلاس ، ووجد من باعه ولم يقبض الثمن متاعه عنده ، فله أن يفسخ البيع ويأخذ عين ماله ، والأصح : أن هذا الخيار على الفور ، كخيار العيب والخلف . فإن علم فلم يفسخ ، بطل حقه من الرجوع في العين . وفي وجه : يدوم كخيار الهبة للولا . وفي وجه : يدوم ثلاثة أيام .

الثانية : في افتقار هذا الفسخ إلى إذن الحاكم ، وجهان . أصحها : لا يفتقر ، لثبوت الحديث فيه ، كخيار الفسخ . ولوضوح الحديث ، قال الاصطخري : لو حكم الحاكم بمنع الفسخ ، نقضنا حكمه .

قلت : الأصح : أن لا ينقض ، للاختلاف فيه . والله أعلم

الثالثة : لا يحصل هذا الفسخ ببيع البائع ، وإعتاقه ، ووطئه المبيعة على الأصح ، وتلغو هذه التصرفات .

الرابعة : صيغة الفسخ ، كقوله : فسخت البيع ، أو نقضته ، أو رفعت ، فلو اقتصر على رددت الثمن ، أو فسخت البيع فيه ، حصل الفسخ على الأصح . ووجه المنع : أن مقتضى الفسخ ، إضافته إلى العقد المطلق .

فصل

حق الرجوع ، إنما يثبت بشروط ، ولا يختص بالمبيع ، بل يجري في غيره من المعاوضات ، ويحصل بيبانه بالنظر في العوض المتعذر تحصيله ، والم عوض المسترجع ، والمعاوضة التي انتقل الملك بها إلى المفسد . أما العوض وهو الثمن وغيره من الأعواض ، فيعتبر فيه وصفان . أحدهما : تعذر استئنافه بالأفلاس ، وفيه صور .

إحداها : إذا كان ماله وافياً بالديون وجوزنا الحجر ، فحجر ، ففي ثبوت الرجوع ، وجهان . وقطع الغزالي بالمنع ، لأنه يصل إلى الثمن .

الثانية : لو قال الغرماء : لا نفسخ لتقدمك بالثمن ، لم يلزمه ذلك على الصحيح ، لأن فيه منة وقد يظهر مزاحم . ولو قالوا : نؤدي الثمن من خالص أموالنا ، أو تبرع به أجني ، فليس عليه القبول . ولو أجاب ، ثم ظهر غريم آخر ، لم يزاحمه

في المأخوذ . ولو مات المشتري ، فقال الوارث : لا ترجع فأنا أقدمك ، لم يلزمه القبول . فلو قال : أؤدي من مالي ، فوجهان . وقطع في « التتمة » ب لزوم القبول ، لأن الوارث خليفة الميت .

الثالثة : لو امتنع المشتري من تسليم الثمن مع اليسار ، أو هرب ، أو مات مليئاً ، وامتنع الوارث من التسليم ، فلا فسخ على الأصح ، لعدم عيب الافلاس ، وإمكان الاستيفاء بالسلطان . فان فرض عجز ، فنادر لا عبء به . ولو ضمن بغير إذنه ، فوجهان . أحدهما : يرجع كما لو تبرع رجل بالثمن . والثاني : لا ، لأن الحق قد صار في ذمته ، وتوجهت عليه المطالبة ، بخلاف المتبرع . ولو أعير المشتري شيء ، فرهته على الثمن ، فعلى الوجهين . ولو انقطع جنس الثمن ، فان جوزنا الاعتياض عنه ، فلا تمذر في استيفاء عوض عنه ، فلا فسخ ، وإلا فكانقطاع المسلم فيه ، فيثبت حق الفسخ على الأظهر . وعلى الثاني : يفسخ .

الوصف الثاني : كون الثمن حالاً . فلو كان مؤجلاً ، فلا فسخ على المذهب . وفيه وجه سبق في أول الباب . ولو حل الأجل قبل انفكاك حجره ، فقد سبق بينه هناك . وأما المعاوضة ، فيمتد فيها ملك به المفلس ، شرطان . أحدهما : كونه معاوضة مختصة ، فيدخل فيه أشياء ، ويخرج منه أشياء . فما يخرج أنه لا فسخ بتعذر استيفاء عوض الصلح عن الدم ، ولا يتعذر عوض الخلع قطعاً . وأنه لا فسخ للزوج بامتناعها من تسليم نفسها . وفي فسخها بتعذر الصداق ، خلاف معروف . وأما الذي يدخل فيه ، فمئة السلم ، والاجارة أما السلم ، فاذا أفلس المسلم إليه قبل أداء المسلم فيه ، فلرأس المال ثلاثة أحوال .

الأول : أن يكون باقياً ، فللمسلم فسخ العقد والرجوع إلى رأس المال كالبيع . فان أراد أن يضارب بالمسلم فيه ، فسنذكر كيفية المضاربة .
الثاني : أن يكون تالفاً ، فوجهان . أحدهما : له الفسخ والمضاربة برأس المال ،

لأنه تعذر الوصول إلى تمام حقه، فأشبه انقطاع جنس المسلم فيه . فعلى هذا قيل: يجيء قول بانفساخ السلم ، كما جاء في الانقطاع . وقيل : لا ، لأنه ربما حصل باستقراض وغيره، بخلاف صورة الانقطاع . وأصحهما : ليس له الفسخ، كما لو أفلس المشتري بالثمن والمبيع تالف . ويخالف الانقطاع ، لأن هناك إذا فسخ ، رجع إلى رأس المال بتمامه ، وهنا ليس إلا المضاربة ، ولو لم يفسخ لضارب بالمسلم فيه وهو أنفع غالباً ، فعلى هذا يقوم المسلم فيه ويضارب المسلم بقيمته ، فإذا عرف حصته ، نظر ، إن كان في المال من جنس المسلم فيه ، صرفه إليه ، وإلا فيشترى بحصته منه ويمطاه، لأن الاعتياض عنه لا يجوز . هذا إذا لم يكن جنس المسلم فيه منقطعاً. فإن كان ، فقليل : لا فسخ ، إذ لا بد من المضاربة على التقديرين . والصحيح : ثبوت الفسخ، لأنه يثبت في هذه الحالة في حق غير المفلس، ففي حقه أولى ، وكالرد بالعيب . وفيه فائدة ، فإن ما يخصه بالفسخ، يأخذه في الحال عن رأس المال . وما يخصه بلا فسخ ، لا يمطاه ، بل يوقف إلى عود المسلم فيه فيشترى به .

فرع

لو قوّمنا المسلم فيه ، فكانت قيمته عشرين ، فأفرزنا للمسلم من المال عشرة، لكون الدين مثل المال ، فرخص السعر قبل الشراء ، فوجد بالعشرة جميع المسلم فيه ، فوجهان . أحدهما وبه قطع في « الشامل » : يرد الموقوف إلى ما يخصه باعتبار قيمته آخرأ ، فيصرف إليه خمسة ، والخمسة الباقية توزع عليه وعلى سائر الفراء ، لأن الموقوف باقٍ على ملك المفلس ، وحق المسلم في الحنطة ، فإذا صارت القيمة عشرة ، فهي دينه . والثاني وبه قطع في « التهذيب » ونقله الامام عن الجماهير : يشترى به جميع حقه ويمطاه، اعتباراً بيوم القسمة . وهو إن لم يملك الموقوف ،

فهو كالمهون بحق ، وانقطع به حقه من الحصص ، حتى لو تلف قبل التسليم إليه ، لم يتعلق بشيء مما عند الفرماء ، وبقي حقه في ذمة المفلس . ولا خلاف أنه لو فضل الموقوف عن جميع حق المسلم ، كان الفاضل للفرماء ، وليس له أن يقول : الزائد لي . ولو وقفنا في الصورة المذكورة عشرة ، فعلا السعر ، ولم نجد القدر المسلم فيه إلا بأربعين ، فعلى الوجه الأول بأن أن الدين أربعون ، فيسترجع من الفرماء ما يتم به حصته أربعين . وعلى الثاني : لا يزاحمهم ، وليس له إلا ما وقف له .

فرع

لو تضاربوا ، وأخذ المسلم ما يخصه قدرأ من المسلم فيه ، وارتفع الحجر عنه ، ثم حدث له مال وأعيد الحجر ، واحتاجوا إلى المضاربة ثانياً ، قدمنا المسلم فيه . فإن وجدنا قيمته كقيمه أولاً ، فذاك . وإن زادت ، فالتوزيع الآن يقع باعتبار القيمة الزائدة ، وإن نقصت ، فهل الاعتبار بالقيمة الثانية ، أم بالقيمة الأولى ؟ وجهان . الصحيح : الأول . قال الامام : ولا أعرف للثاني وجهاً . ولو كان المسلم فيه عبداً أو ثوباً ، فحصة المسلم يشتري بها شقص منه للضرورة . فإن لم يوجد ، فللمسلم الفسخ .

الحال الثالث : أن يكون بعض رأس المال باقياً ، وبعضه تالفاً ، وهو كتلف بعض المبيع ، وسنذكره إن شاء الله تعالى ، وأما الاجارة ، فتتكم في إفلاس المستأجر ، ثم المؤجر .

القسم الأول : المستأجر ، والاجارة نوعان .

أحدهما : إجارة عين . فإذا أجر أرضاً ، أو دابة ، وأفلس المستأجر قبل تسليم الاجرة ومضي المدة ، فلمؤجر فسخ الاجارة على المشهور ، تنزيلاً للمنافع منزلة

الاعيان في البيع . وفي قول : لا ، إذ وجود لها . فعلى المشهور : إن لم يفسخ ، واختار المضاربة بالأجرة ، فله ذلك . ثم إن كانت العين المستأجرة فارغة ، أجرها الحاكم على المفلس ، وصرف الأجرة إلى الغرماء . وإن كان المفلس بعد مضي بعض المدة ، فلمؤجر فسخ الإجارة في المدة الباقية ، والمضاربة بقسط الماضية من الأجرة المسماة ، بناءً على أنه لو باع عبيدين ، قتل أحدهما ، ثم أفلس ، يفسخ البيع في الباقي ، ويضارب بثمن التالف . ولو أفلس مستأجر الدابة في خلال الطريق ، وحجر عليه ، ففسخ المؤجر ، لم يكن له ترك متاعه في البادية المهلكة ، ولكن ينقله إلى مأمن بأجرة مثل يقدم بها على الغرماء ، لأنه لصيانة المال ، ثم في المأمن يضمه عند الحاكم . ولو وضعه عند عدل من غير إذن الحاكم ، فوجهان مذكوران في نظائرها . ولو فسخ والأرض المستأجرة مشغولة بزرع المستأجر ، نظر ، إن استحصد الزرع ، فله المطالبة بالحصاد ، وتفريغ الأرض ، وإلا ، فإن اتفق المفلس والغرماء على قطعه ، أو على التبقية إلى الإدراك ، فلهم ذلك ، بشرط أن يقدموا المؤجر بأجرة المثل المدة الباقية ، لأنها لحفظه على الغرماء . وإن اختلفوا ، فأراد بعضهم القطع ، وبعضهم التبقية ، فمن أبي إسحاق : يعمل بالمصلحة ، والصحيح : أنه إن كان له قيمة لو قطع ، أجبنا من أراد القطع من المفلس والغرماء ، إذ ليس عليه تنمية ماله لهم ، ولا عليهم انتظار النباء . فعلى هذا ، لو لم يأخذ المؤجر أجرة المدة الماضية ، فهو أحد الغرماء ، فله طلب القطع ، وإن لم يكن له قيمة لو قطع ، أجبنا من طلب التبقية ، إذ لا فائدة لطالب القطع . وإذا أبقوا الزرع بالاتفاق ، أو بطلب بعضهم ، وأجبنا ، فالسقي ومسائر المؤن ، إن تطوع بها الغرماء أو بعضهم ، أو أنفقوا عليه على قدر ديونهم ، فذاك ، وإن أنفق بعضهم ليرجع ، فلا بد من إذن الحاكم ، أو اتفاق الغرماء والمفلس . فإذا حصل الإذن ، قدم المتفق بما أنفق . وكذا لو أنفقوا على قدر ديونهم ، ثم ظهر غريم آخر ، قدم المنفقون بما أنفقوا على الغرماء . وهل

يجوز الاتفاق عليه من مال الفليس ؟ وجهان . أحدهما : الجواز . ووجه النع : أن حصول الفائدة متوهم .

قلت : وإن أنفق بعض الغرماء بأذن الفليس وحده ، على أن يرجع بما أنفق ، جاز وكان ديناً في ذمة الفليس ، لا يشارك به الغرماء ، لأنه وجب بعد الحجر . وإن أنفق بعضهم بأذن باقيهم فقط ، على أن يرجع عليهم ، يرجع عليهم في مالهم . والله أعلم

النوع الثاني : الاجارة على لئمة . وأنا خلاف في أن هذه الاجارة ، هل لها حكم السلم حتى يجب فيها تسليم رأس المال في المجلس ، أم لا ؟ فان قلنا : لا ، فهي كاجارة العين ، وإلا ، فلا أثر للإفلاس بعد التفرق لمصير الأجرة مقبوضة قبل التفرق . ولو فرض الفليس في المجلس ، فان أثبتنا خيار المجلس فيها ، استغني عن هذا الخيار ، وإلا ، فهي كاجارة العين .

القسم الثاني : إفلاس المؤجر في إجارة العين ، أو الذمة . أما الأولى ، فإذا أجرة دابة ، أو درأ لرجل ، فأفلس ، فلا فسخ للمستأجر ، لأن المنافع المستحقة له متعلقة بعين ذلك المال ، فيقدم بها كما يقدم حق المرتن ، ثم إذا طلب الغرماء بيع المستأجر ، فان قلنا : لا يجوز ، فعليهم الصبر إلى انقضاء المدة . وإن جوزناه ، أجبوا ولا مبالاة بما ينقص من ثمنه بسبب الاجارة ، إذ ليس عليهم الصبر لتنمية المال . وأما الثانية : فإذا التزم في ذمته نقل متاع إلى بلد ، ثم أفلس ، نظر ، إن كانت الاجرة باقية في يد الفليس ، فله فسخ الاجارة والرجوع إلى عين ماله ، وإن كانت تالفة ، فلا فسخ ، يضارب الغرماء بقيمة المنفعة المستحقة ، وهي أجرة المثل ، كما يضارب المسلم بقيمة السلم فيه . ثم إن جعلنا هذه الاجارة سلفاً ، فحصلته بالمضاربة لا تسلم إليه ، لا تمتاع الاعتياض عن المسلم فيه ، بل ينظر ، فان كانت المنفعة المستحقة قابلة للتبويض ، بأن كان الملتزم حمل مائة رطل ، فينقل بالحصة بمض المائة . وإن لم

يقبله كقصارة ثوب ، ورياضة دابة ، وركوب إلى بلد ، ولو نقل إلى نصف الطريق .
ل بقي ضائعاً ، قال الامام : المستأجر الفسخ بهذا السبب ، والمضاربة بالاجرة المبذولة .
وأما إذا لم نجعل هذه الاجارة سلعاً ، فتسلم الحصة بعينها إليه ، لجواز الاعتياض .
هذا كله إذا لم يكن سلم عيناً لاستيفاء المنفعة الملتزمة . فان كان التزم النقل ،
وسلم دابة لينقل عليها ، ثم أفلس ، بني على أن الدابة المسلمة تميمين بالتممين ،
وفيها وجهان مذكوران في باب الاجارة . فان قلنا: تميمين ، فلا فسخ ، ونقدم المستأجر
بمنفعتها ، كالمينة في العقد ، وإلا ، فهو كما لو لم يسلمها .

فرع

اقترض مالاً ، ثم أفلس وهو باقٍ في يده ، فلمقرض الرجوع فيه ، سواء
قلنا: يملك بالقبض أو بالتصرف .

فرع

باع مالاً واستوفى ثمنه ، وامتنع من تسليم المبيع ، أو هرب ، فهل للمشتري
الفسخ كما لو أبقى المبيع ، أم لا لأنه لا نقص في نفس المبيع ؟ فيه وجهان .
الشرط الثاني للمعاوضة : أن تكون سابقة للحجر . وفي بعض مسائل هذا
الشرط ، خلاف . فاذا اشترى الفلّس شيئاً بعد الحجر ، وصحّضاه ، فقد سبق في
ثبوت الرجوع خلاف . ولو أجر داراً وسلمها إلى المستأجر ، وقبض الاجرة ثم
أفلس وحجر عليه ، فقد سبق أن الاجارة مستمرة ، فان انهضت في أثناء المدة ،
انفسخت الاجارة فيما بقي ، وضارب المستأجر بحصة ما بقي منها إن كان الانهدام
قبل قسمة المال بينهم . وإن كان بعدها ، ضارب أيضاً على الأصح ، لاستناده إلى

عقد سبق الحجر ، فأشبه انهدامها قبل القسمة . ووجه المنع : أنه دين حدث بعد القسمة . ولو باع جارية بعد ، وتقابضا ، ثم أفلس مشتري الجارية وحجر عليه ، وهلك في يده ، ثم وجد بائعها بالعبد عيباً ، فرده ، فله طلب قيمة الجارية لا محالة . وكيف يطالب ؟ وجهان . أحدهما : يضارب كغيره . والثاني : يقدم على الغرماء بقيمتها ، لأنه أدخل بدلها عبداً في المال ، ويخالف هذا من باعه شيئاً ، لأن هذا حق مستند إلى ما قبل الحجر . وأما الموعوض ، فيشترط في البيع الرجوع فيه شرطان .

أحدهما : بقاءه في ملك الفليس . فلو هلك بآفه أو جناية ، لم يرجع ، سواء كانت قيمته مثل الثمن ، أو أكثر ، وليس له إلا المضاربة بالثمن . وفي وجه : إن زادت القيمة ، ضارب بها واستفاد زيادة حصته . ولو خرج عن ملكه ببيع ، أو هبة ، أو إعتاق ، أو وقف ، فهو كالهلاك ، وليس له فسخ هذه التصرفات ، بخلاف الشفيع ، فإنه يفسخها . لسبق حقه عليها . ولو استولد ، أو كاتب ، فلا رجوع . ولو دبر ، أو علق بصفة ، أو زوجها ، رجع . وإن أجز ، فلا رجوع إن لم يجوز بيع المستأجر ، وإلا ، فإن شاء أخذه مسلوب المنفعة لحق المستأجر ، وإلا ، فيضارب بالثمن ، وإن جنى ، أو رهن ، فلا رجوع . فإن قضى حق الجني عليه والمرتهن ببيع بعضه ، فالبايع واجد لبعض المبيع ، وسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى . ولو انفك الرهن ، أو برى عن الجناية ، رجع . ولو كان المبيع صيداً فأحرم البائع ، لم يرجع .

فرع

لو زال ملك المشتري ، ثم عاد ، ثم حجر عليه ، فإن عاد بلا عوض ،

كالارث ، والهبة ، والوصية ، ففي رجوعه وجهان . وإن عاد بعوض ، بأن اشتراه ، فإن كان دفع الثمن إلى البائع الثاني ، فكعوده بلا عوض . وإن لم يدفعه ، وقلنا بقبوله للبائع لو عاد بلا عوض ، فهل الأول أولى لسبق حقه ، أم الثاني لقرب حقه ، أم يشتركان ويضارب كل بنصف الثمن ؟ فيه أوجه .

قلت : أصح الوجهين أولاً : أنه لا يرجع ، وبه قطع الجرجاني في «التحريم» وغيره . قال البغوي : ويجري الوجهان فيما لو رد عليه بعيب . والله أعلم

وعجز المكاتب وعوده ، كانفكك الرهن . وقيل : كعود المالك .

قلت : لو كان المبيع شقصاً مشفوعاً ، ولم يعلم الشفيع حتى حجر على المشتري ، وأفلس بالثمن ، فأوجه . أحدها : يأخذه الشفيع ، ويؤخذ منه الثمن ، فيخص به البائع جماعاً بين الحقيين . والثاني : يأخذه البائع ، وأصحها عند الشيخ أبي حامد ، والقاضي أبي الطيب ، وآخرين : يأخذه الشفيع ، ويكون الثمن بين الغرماء كليهما .

والله أعلم

الشرط الثاني : أن لا يحدث في المبيع تغير مانع . وللتغير حالان . حال بالنقص ، وحال بالزيادة . الأول : النقص ، وهو قسمان .

أحدهما : نقص لا ينقسط الثمن عليه ، ولا يفرد بمقد ، كالعيب . فإن كان بأفة سماوية ، فالبائع بالخيار . إن شاء رجع فيه ناقصاً ولا شيء له غيره ، وإن شاء ضارب بالثمن كتعيب المبيع في يد البائع ، وسواء كان النقص حسيماً كسقوط بعض الأعضاء والعمى ، أو غيره ، كنسيان الحرفة والتزويج والاباق والزنا . وحكي قول : أنه يأخذ العيب ، ويضارب بارش النقص ، كما نذكره في القسم الثاني إن شاء الله تعالى . وهو شاذ ضعيف . وإن كان بجناية ، فإن كان بجناية أجنبي ، لزمه الأرض ،

إما مقدر ، وإما غير مقدر ، بناءً على الخلاف ، في أن جرح المبد مقدر ، أم لا ؟
وللبائع أخذه معيياً ، والمضاربة بثل نسبة ما نقص من القيمة من الثمن . وإن
كان بجناية البائع ، فكالأجنبي . وإن كان بجناية المشتري ، فطريقان . أحدها عند
الامام : أنه كالأجنبي ، لأن جناية المشتري قبض واستيفاء ، فكأنه صرف جزءاً
من المبيع إلى غرضه . والثاني وبه قطع صاحب « التهذيب » وغيره : أنه كجناية
البائع على المبيع قبل القبض ، ففي قول ، كالأجنبي ، وعلى الأظهر ، كآلآفة السأوية .
قلت : المذهب : أنه كآلآفة السأوية ، وبه قطع جماعات . والله أعلم

القسم الثاني : نقص يتوسط الثمن عليه ، ويصح إفراده بالعقد ، كمن اشترى
عبدین أو ثوبین ، فتلّف أحدهما في يده ، ثم حجر عليه ، فللبائع أخذ الباقي
بحصته من الثمن ، والمضاربة بحصة ثمن التالف . ولو بقي جميع المبيع ، وأراد
البائع الرجوع في بعضه ، مكّن ، لأنه أنفع للفرءاء من الفسخ في كله ، فهو كما
لو رجع الأب في نصف ما وهبه ، يجوز . ومن الأصحاب ، من حكى قولين في
أنه يأخذ الباقي بحصته من الثمن ، أم بجميع الثمن ولا يضارب بشيء ؟ قال الامام :
وطردها أصحاب هذه الطريقة في كل مسألة تضاهيها . حتى لو باع شقصاً وسيفاً
بمائة ، يأخذ الشقص بجميع المائة على قول . قال الامام : وهذا قريب من خرق
الاجماع ، هذا إذا تلف أحد العبدین ولم يقبض من الثمن شيئاً . أما إذا باع عبدین
متساويي القيمة بمائة ، وقبض خمسين ، فتلّف أحدهما في يد المشتري ، ثم أفلس ،
فالقديم : أنه لا رجوع ، بل يضارب بباقي الثمن مع الفرءاء ، والجديد : أنه يرجع .
فملى هذا يرجع في جميع المبد الباقي بما بقي من الثمن ، ويجعل ما قبض في
مقابلة التالف . هذا هو المذهب ، والمنصوص . وقيل : فيه قول مخرج : أنه يأخذ
نصف المبد الباقي بنصف باقي الثمن ، ويضارب الفرءاء بنصفه . ولو قبض بعض

الثمن ، ولم يتلف شيء من المبيع ، ففي رجوعه ، القولان ، القديم ، والجديد .
فعلى الجديد : يرجع في المبيع بقسط الباقي من الثمن . فلو قبض نصف الثمن ،
رجع في نصف العبد المبيع ، أو العبد المبيعين .

قرع

لو أغلى الزيت المبيع حتى ذهب بمضه ، ثم أفلس ، فالمذهب وبه قطع الجمهور :
أنه كتلف بمض المبيع ، كما لو انصب . فعلى هذا إن ذهب نصفه ، أخذ الباقي
بنصف الثمن ، وضارب بنصفه . وإن ذهب ثلثه ، أخذ بثلثيه وضارب بثلث الثمن .
وقيل : وجهان . أحدهما : هذا . والثاني : أنه كتميب المبيع ، فيرجع فيما بقي
إن شاء ، ويقنع به . ولو كان بدل الزيت عصير ، فالأصح : أنه كالزيت . وقيل :
تميب قطعاً ، لأن الذاهب منه الماء ، ولا مالية له ، بخلاف الزيت . فإذا قلنا :
بالأصح ، فكان العصير أربعة أرطال ، يساوي ثلاثة دراهم ، فأغلاها فصارت ثلاثة
أرطال ، فيرجع في الباقي ، ويضارب بربع الثمن للذاهب ، ولا عبرة بنقص قيمة
المغلي لو عادت إلى درهمين . فلو زادت فصارت أربعة ، بني على أن الزيادة الحاصلة
بالصنعة ، عين ، أم أثر ؟ إن قلنا : أثر ، فاز البائع بما زاد . وإن قلنا : عين ، قال
القفال : الجواب كذلك . وقال غيره : يكون المفلس شريكاً بالدرهم الزائد . فلو
بقيت القيمة ثلاثة ، فإن قلنا : الزيادة أثر ، فاز بها البائع . وإن قلنا : عين ،
فكذلك عند القفال وعند غيره ، يكون المفلس شريكاً بثلاثة أرباع درهم ، فإن
هذا القدر ، هو قسط الرطل الذاهب ، فهذا هو المستمر على القواعد . ولصاحب
« التلخيص » في المسألة كلام غلطوه فيه .

فرع

لو كان المبيع داراً فانهدمت ، ولم يتلف من تقضها شيء ، فله حكم القسم الأول ، كالمعى ونحوه . وإن تلف تقضها باحراق وغيره ، فهو من القسم الثاني ، كذا أطلقوه .
ولك أن تقول : ينبغي أن يطرد فيه الخلاف السابق في تلف سقف الدار المبعة قبل القبض ، أنه كالتيب ، أو كتلف أحد العبدین .

الحال الثاني : التغير بالزيادة ، وهو نوعان . أحدهما : الزيادات الحاصلة ، لامن خارج ، وهي ثلاثة أضرب .

أحدها : المتصلة من كل وجه ، كالسِّمَن ، وتعلم الصنعة ، وكبر الشجرة ، فلا عبرة بها . وللبائع الرجوع من غير شيء يلتزمه للزيادة ، وهذا حكم الزيادات في جميع الأبواب ، إلا الصداق ، فإن الزوج إذا طلق قبل الدخول ، لا يرجع في النصف الزائد إلا برضاها .

الضرب الثاني : الزيادات المنفصلة من كل وجه ، كالولد ، واللبن ، والثمرة ، فيرجع في الأصل ، وتبقى الزوائد للفلس . فلو كان ولد الأمة صغيراً ، فوجهان . أحدهما : أنه إن بذل قيمة الولد ، أخذه مع الأم ، وإلا ، فيضارب لامتناع التفريق . وأصحها : إن بذل قيمة الولد ، وإلا فيباعان ويصرف ما يخص الأم إلى البائع ، وما يخص الولد إلى الفلس . وذكرنا وجهين ، فيما إذا وجد الأم معيبة ، وهناك ولد صغير : أنه يترك الرد ويتنقل إلى الأرض ، أو يحتمل التفريق للضرورة . وفيما إذا رهن الأم دون الولد ، أنها يباعان معاً ، أو يحتمل التفريق . ولم يذكرها فيما نحن فيه احتمال التفريق ، بل احتالوا في دفعه ، فيجوز أن يقال : يجيء وجه التفريق هنا ، لكن لم يذكره اقتصاراً على الأصح ، ويجوز أن يفرق بأن مال الفلس مبيع كله ، مصروف إلى الغرماء ، فلا وجه لاحتمال التفريق ، مع إمكان المحافظة على جانب الراجع ، ويكون ملك الفلس مزالاً .

قلت : هذا الثاني هو الصراب ، وبه قطع الجمهور تصريحاً وتعريضاً ، وحكى صاحب « الحاوي » ، والمستظهري ، وغيرهما وجهاً غريباً ضعيفاً : أنه يجوز التفريق بينها للضرورة ، كسألة الرهن . وقالوا : ليس هو بصحيح ، إذ لا ضرورة ، وفرقوا بما سبق ، فحصل أن دعوى الامام الرافعي ليست بمقبولة . والله أعلم

فرع

لو كان المبيع بذراً ، فزرعه فنبت ، أو بيضة فتفرخت في يده ، ثم فلس ، فوجهان . أصحها عند العراقيين وصاحب « التهذيب » : يرجع فيه ، لأنه حدث من عين ماله ، أو هو عين ماله اكتسب صفة أخرى ، فأشبهه الوديع^(١) إذا صار نخلاً . والثاني : ليس له الرجوع ، لأن المبيع هلك ، وهذا شيء جديد استجد اسماً ، ويجري الوجهان في المصير إذا تخمر في يد المشتري ، ثم تخلل ، ثم فلس . ولو اشترى زرعاً أخضر مع الأرض ، ففلس وقد اشتد الحب ، فقبل بطرد الوجهين . وقيل : القطع بالرجوع .

الضرب الثالث : الزيادات المتصلة من وجه دون وجه ، كالحمل . فإن حدث بعد الشراء ، وانفصل قبل الرجوع ، فحكمه ما سبق في الضرب الثاني . وإن كانت حاملاً عند الشراء والرجوع جميعاً ، فهو كالسمن فيرجع فيها حاملاً . وإن كانت حاملاً يوم الشراء وولدت قبل الرجوع ، ففي تعدي الرجوع إلى الولد ، قولان ، بناءً على أن الحمل يعرف ، أم لا ؟ إن قلنا : نعم وهو الأظهر ، رجع كما لو اشترى شيئين ، وإلا ، فلا ، وإن كانت حائلاً عند الشراء ، حاملاً عند الرجوع ، فقولان . أظهما عند الجمهور : يرجع فيها حاملاً ، لأن الحمل تابع في البيع ، فكذا هنا . والثاني : لا يرجع في الحمل ، فعلى هذا : يرجع في الأم على الأصح . وقيل : لا ،

(١) الودي على وزن فويل : صغار النخل ، الواحدة : ودية .

بل يضارب . فان قلنا : يرجع في الأم فقط ، قال الشيخ أبو محمد : يرجع فيها قبل الوضع . فاذا ولدت ، فالولد للفلس . وقال الصيدلاني وغيره : لا يرجع في الحال ، بل يصير إلى انفصال الولد ، ثم الاحتراز عن التفريق بين الام والولد ، طريقه ما سبق .

قلت : قول الشيخ أبي محمد هو ظاهر كلام الأكثرين ، وصرح به صاحب « الحاوي » وغيره . قال صاحب « الحاوي » : ولا يلزم تسليمها إلى البائع ، لحق المفلس ، ولا إقرارها في يد المفلس أو غرمائه ، لحق البائع في الأم ، ولا يجوز أخذ قيمة الولد ، فتوضع الام عند عدل يتفقان عليه ، وإلا فيختار الحاكم عدلاً . قال : ونفقتها على البائع دون المفلس ، لأنه مالك الأم ، وسواء قلنا : تجب نفقة الحامل لحملها ، أم لا . قال أصحابنا : وحكم سائر الحيوانات الحائلة والحاملة حكم الجارية ، إلا أن في باقي الحيوانات ، يجوز التفريق بينها وبين ولدها الصغير ، بخلاف الجارية .

والله أعلم

فروع

استتار التمار بالأكمة وظهورها بالتأخير ، قربان من استتار الجنين وظهوره بالانفصال . وفيها الأحوال الأربع المذكورة في الجنين . أولها : أن يشتري نخلا عليها ثمرة غير مؤبّرة ، وكانت عند الرجوع غير مؤبّرة أيضاً . وثانيها : أن يشتريها ولا ثمرة عليها ، ثم حدث بها ثمرة عند الرجوع مؤبّرة ، أو مدركة ، أو مجذوزة ، فتحكمها ما ذكرناه في الحمل . وثالثها : إذا كانت ثمرتها عند الشراء غير مؤبّرة ، وعند الرجوع مؤبّرة ، فليريقان . أحدهما : أن أخذ البائع الثمرة على القولين في أخذ الولد إذا كانت حياءً عند البيع ووضعت قبل الرجوع . والثاني : القطع بأخذها ، لأنها

وإن كانت مستترة ، فهي شاهدة موثوق بها ، قابلة للأفراد بالبيع ، وكانت أحد مقصودي البيع ، فرجع فيها رجوعه في النخل . ورابعها : إذا كانت النخلة عند الشراء غير مطلقة ، وأطلعت عند المشتري ، وكانت يوم الرجوع غير مؤبرة ، فقولان . أظهرهما وهو رواية المزني وحرملة : يأخذ الطلع مع النخل ، لأنه تبع في البيع ، فكذا هنا . والثاني : لا يأخذه وهو رواية الريس ، لأنه يصح لإفراده فأشبهه المؤبرة . وقيل : لا يأخذه قطعاً . قال الشيخ أبو حامد : وعلى هذا قياس الثمرة التي لم تؤبر . فحيث أزال الملك باختياره بعوض ، يبيع ما لم يؤبر . وإن زال قهراً بعوض ، كالشفعة ، والرد بالميب ، فالتمية على هذين القولين . وإن زال بلا عوض ، باختيار أو قهر ، كالرجوع بهبة الولد ، ففيه أيضاً القولان . وحكم باقي الثمرة وما يلتحق منها بالمؤبرة ، ومالا ، أوضحناه في البيع . فإذا قلنا برواية المزني ، فجرى التأبير والرجوع ، فقال البائع : رجعت قبل التأبير ، فالثمار لي ، وقال المفلس : بعهده ، فالمذهب : أن القول قول المفلس مع يمينه ، لأن الأصل عدم الرجوع حينئذ ، وبقاء الثمار له . قال المسمودي : ويخرج قول أن القول قوله بلا يمين ، بناءً على أن النكول ورد اليمين كالأقرار ، وأنه لو أقر ، لم يقبل إقراره . وفي قول : القول قول البائع ، لأنه أعرف بتصرفه .

قلت : ينبغي أن يحجى قول : أن القول قول السابق بالدعوى . وقول : أنها إن اتفقا على وقت التأبير ، واختلفا في الفسخ ، فقول المفلس . وإن اتفقا على وقت الفسخ ، واختلفا في التأبير ، فقول البائع ، كالقولين في اختلاف الزوجين في انقضاء العدة ، والرجعة ، والاسلام . قال صاحب « الشامل » وغيره : وكذا لو قال البائع : بمتك بعد التأبير ، فالثمرة لي . وقال المشتري : قبله ، فالقول قول البائع مع يمينه ، وقد ذكرت هذه المسألة في اختلاف المتبايعين . والله أعلم

فإذا حلف المفلس ، حلف على نفى العلم بسبق الرجوع على التأخير ، لا على نفى السبق .

قلت : فلو أقر البائع أن المفلس لا يعلم تاريخ الرجوع ، سلّمت الثمرة للمفلس بلا يمين ، لأنه يوافقه على نفى علمه ، قاله الامام . والله أعلم

فإن حلف ، بقيت الثمار له . وإن نكل ، فهل للغرماء أن يحلفوا ؟ فيه الخلاف السابق ، فيما إذا ادعى المفلس شيئاً ولم يحلف . فإن قلنا : لا يحلفون وهو المذهب ؛ أو يحلفون ، فنكّلوا ، عرضت اليمين على البائع ، فإن نكل ، فهو كما لو حلف المفلس . وإن حلف ، فإن جعلنا اليمين المردودة بعد النكول كالبنية ، فاثمرة له . وإن جعلناها كالأقرار ، فعلى القولين في قبول إقرار المفلس في مزاحمة المقر له الغرماء . فإن لم يقبله ، صرفت الثمار إلى الغرماء . فإن فضل شيء ، أخذ البائع بحلفه السابق . هذا إذا كذب الغرماء البائع ، كما كذبه المفلس . فإن صدقوه ، لم يقبل قولهم على المفلس ، بل إذا حلف ، بقيت الثمار له ، وليس لهم طلب قسمتها ، لأنهم يزعمون أنها للبائع ، وليس له التصرف فيها ، للحجر ، واحتمال أن يكون له غريم آخر ، لكن له إجبارهم على أخذها إن كانت من جنس حقهم ، أو إبراء ذمته من ذلك القدر ، هذا هو الصحيح ، كما لو جاء المكاتب بالنجم ، فقال السيد : غصبته ، فيقال : خذه ، أو أبرئه عنه . وفي وجه : لا يجبرون ، بخلاف المكاتب ، لأنه يخاف العود إلى الرق إن لم يأخذه ، وليس على المفلس كبير ضرر . وإذا اجبروا على أخذها ، فللبائع أخذها منهم لأقرارهم . وإن لم يجبروا وقسمت أمواله ، فله طلب فك الحجر إذا قلنا : لا يرتفع بنفسه . ولو كانت من غير جنس حقوقهم ، فبيعت وصرف ثمنها إليهم تفريراً على الإجبار ، لم يتمكن

البائع من أخذه منهم ، بل عليهم رده إلى المشتري . فإن لم يأخذه ، فهو مال ضائع . قلت : هذا هو الصحيح المعروف . وفي « الحاوي » ، وجه شاذ : أنه يجب عليهم دفع الثمن إلى البائع ، لأنه بدل الثمرة فأعطي حكمها ، والصواب ما سبق . والله أعلم

ولو كان في المصدقين عدلان شهدا للبائع بصيغة الشهادة وشرطها ، أو عدل وحلف معه البائع ، قضي له . كذا أطلق الشافعي رضي الله عنه وجماهير الأصحاب ، وأحسن بعض الشارحين للمختصر ، فحمله على ما إذا شهدا قبل تصديق البائع . ولو صدق بعض الغرماء البائع ، وكذبه بعضهم ، فللفلس تخصيص المكذبين بالثمرة . فلو أراد قسمتها على الجميع ، فوجهان . قال أبو إسحاق : له ذلك ، كما لو صدقه الجميع . وقال الأكثرون : لا ، لأن المصدق يتضرر ، لكون البائع يأخذه منه ما أخذ ، والفلس لا يتضرر بعدم الصرف إليه ، لا مكان الصرف إلى من كذب ، بخلاف ما إذا صدقه الجميع . وإذا صرف إلى المكذبين ، ولم يف بحقوقهم ، ضاربوا المصدقين في باقي الأموال ببقية دينهم مؤاخذه لهم على الأصح المنصوص - وفي وجه : بجميع ديونهم - لأن زعم المصدقين ، أن شيئاً من ديون المكذبين لم يتأد . هذا كله إذا كذب المفلس البائع ، فلو صدقه ، نظر ، إن صدقه الغرماء أيضاً ، قضي له . وإن كذبوه وزعموا أنه أقر بمواطأة ، فعلى القولين في إقراره بيمين أو دين . إن قلنا : لا يقبل ، فللبائع تحليف الغرماء أنهم لا يعرفون . رجوعه قبل التأبير على المذهب . وقيل : في تحليفهم القولان في حلف الغرماء على الدين ، وهو ضعيف ، لأن اليمين هنا توجهت عليهم ابتداءً ، وهناك ينوبون عن المفلس . واليمين لا تجري فيها النيابة .

قلت : وليس للغرماء تحليف المفلس ، لأن المقر لا يمين عليه فيما أقر به ، قاله في « الحاوي » ، وغيره . والله أعلم

فرع

الاعتبار في انفصال الجنين وتأثير الثمار بحال الرجوع دون الحجر ، لأن ملك
المفلس باقٍ إلى أن يرجع البائع .

فصل

متى يرجع البائع في الشجر وبقيت الثمار للمفلس ، فليس له قطعها ، بل عليه
إبقاؤها إلى الجداد ، وكذا لو رجع في الأرض وهي مزروعة بزرع المفلس ، يترك
إلى الحصاد ، كما لو اشترى أرضاً مزروعة ، لم يكن له تكليف البائع قلعها . ثم
إذا أبقى الزرع ، فلا أجره على المذهب . وحكي قول مخرج مما لو بنى أو غرس ،
فان للبائع الإبقاء بأجرة ، ثم الكلام في طلب الغرماء والمفلس ، القطع ، أو الجداد
والحصاد على ما سبق .

فرع

متى ثبت الرجوع في الثمار بالتصريح ببيعها مع الشجر ، أو قلنا به في الحالة
الثالثة والرابعة ، فتلفت الثمار بجائحة ، أو أكل أو غيرها ، ثم فلس ، أخذ البائع
الشجر بحصتها من الثمن ، وضارب بحصة الثمر ، فتقوّم الشجر وعليها الثمر ، فيقال
مثلاً : قيمتها مائة ، وتقوّم وحدها فيقال : تسعون ، فيضارب بمشر الثمن . فان حصل
في قيمتها انخفاض أو ارتفاع ، فالصحيح أن الاعتبار في الثمار بالأقل من قيمتي يومي
المقد والقبض ، لأنها إن كانت يوم القبض أكثر ، فالنقص قبله كان من ضمان البائع ،
فلا يحسب على المشتري . وإن كانت يوم العقد أقل ، فالزيادة ملك المشتري ، وتلفت ،

فلا حق للبائع فيها . وفي وجه شاذ : يعتبر يوم القبض . وأما الشجر ، ففيها وجهان . أحدهما : يعتبر أكثر القيمتين ، لأن المبيع بين العقد والقبض من ضمان البائع ، فنقصه عليه ، وزيادته المشتري ، فيأخذ بالأكثر ، ليكون النقص محسوباً عليه . كما أن في الثمرة الباقية على المشتري ، يعتبر الأقل ، ليكون النقص محسوباً عليه . والثاني : يعتبر يوم العقد قل أم كثر ، لأن ما زاد بعده فهو من الزيادات المتصلة ، وعين الأشجار باقية ، فيفوز بها البائع ، ولا يحسب عليه . وهذا الثاني ، هو المنقول في « التهذيب » ، و « التتمة » ، وبالأول جزم الصيدلاني وغيره ، وصححه الغزالي . مثل ذلك ، قيمة الشجر يوم البيع عشرة ، وقيمة الثمر خمسة . فلو لم تختلف القيمة ، لأخذ الشجرة بثلي الثمن ، وضارب للثمره بالثلث . وإن زادت قيمة الثمرة وكانت يوم القبض عشرة ، فعلى السحيح ، هو كما لو كانت بحالها اعتباراً لأقل قيمتها . وعلى الشاذ : يضارب بنصف الثمن . ولو نقصت وكانت يوم القبض درهمين ونصفاً ، ضارب بخمس الثمن . فلو زادت قيمة الشجر أو نقصت ، فالحكم على الوجه الثاني ، كما لو بقيت بحالها . وعلى الأول كذلك إن نقصت . وإن زادت ، فكانت خمسة عشر ، ضارب بربع الثمن . قال الامام : وإذا اعتبرنا في الثمار أقل القيمتين فتساوتا ، ولكن بينها نقص . فإن كان لجرد انخفاض السوق ، فلا عبرة به . وإن كان لعب طراً وزال ، فكذلك على الظاهر . كما أنه يسقط بزواله حق الرد بالعيب . وإن لم يزل العيب ، لكن عادت قيمته إلى ما كان بارتفاع السوق ، فالذي أراه ، اعتبار قيمته يوم العيب ، لأن النقص من ضمان البائع ، والارتفاع بعده في ملك المشتري ، فلا يجبره . قال : وإذا اعتبرنا في الشجر أكثر القيمتين ، فكانت قيمته يوم العقد مائة ، ويوم القبض مائة وخمسين ، ويوم رجوع البائع مائتين ، فالوجه : القطع باعتبار المائتين . ولو كانت قيمتها يومي العقد والقبض ما ذكرناه ، ويوم الرجوع مائة ، اعتبر يوم الرجوع ، لأن ما طراً من زيادة ونقص وزال ،

ليس ثابتاً يوم المقد حتى يقول: إنه وقت المقابلة ، ولا يوم أخذ البائع يحسب عليه .

فرع

سبيل التوزيع في كل صورة تلف فيها أحد الشئيين المبينين ، واختلفت القيمة وأراد الرجوع إلى الباقي ، على ما ذكرناه في الأشجار والثمار بلا فرق .

النوع الثاني من الزيادات : ما التحق بالمبيع من خارج ، وينقسم إلى عين محضة ، وصفة محضة ، ومركب منها . الضرب الأول : العين المحضة ، ولها حالان . أحدهما : أن تكون قابلة للتمييز عن المبيع ، كمن اشترى أرضاً ففرس فيها ، أو بئى ، ثم فلس قبل أداء الثمن ، فاذا اختار البائع الرجوع في الأرض ، نظر ، إن اتفق الغرماء والمفلس على القلع وتسليم الأرض بمضاء ، رجع فيها وقلعوا ، وليس له أن يلزمهم أخذ قيمة الفراس والبناء لئتملكها مع الأرض . وإذا قلعوا ، وجب تسوية الحفر من مال المفلس ، وإن حدث في الأرض نقص بالقلع ، وجب أرشه في ماله . قال الشيخ أبو حامد : يضارب به . وفي « المذهب » و « التهذيب » : أنه يقدم به ، لأنه لتخليص ماله . وإن قال المفلس : يقطع . وقال الغرماء : نأخذ القيمة من البائع لئتملكه ، أو بالعكس ، أو وقع هذا الاختلاف بين الغرماء ، أوجب من في قوله المصلحة . فإن امتنعوا جميعاً من القلع ، لم يجبروا ، لأنه غير متمد . ثم ينظر ، إن رجع على أن يملك البناء والفراس بقيمتها ، أو يقطع ويفرم أرش النقص ، فله ذلك ، لأنه يندفع به الضرر من الجانبين ، والاختيار فيها إليه ، وليس للغرماء والمفلس الامتناع ، بخلاف ما سبق في الزرع ، لأن له أمداً قريباً . وإن أراد الرجوع في الأرض وحدها ، لم يكن له ذلك على الأظهر ، لأنه ينقص قيمة البناء والفراس ، ويضرهم ، والضرر لا يزال بالضرر . وفي قول : له ذلك ، كما لو صبغ المشتري الثوب

ثم فلس ، يرجع البائع في الثوب فقط . وقيل : إن كانت الأرض كثيرة القيمة والبناء والفراس مستحقين بالإضافة إليها ، كان له ذلك . وإن كان عكسه ، فلا ، إتباعاً للأقل الأكثر . وقيل : إن أراد الرجوع في البياض المتخلل بين البناء والشجر ، وبضارب للباقي بقسطه من الثمن ، كان له . وإن أراد الرجوع في الجميع ، فلا ، فإن قلنا بالأظهر ، فالبايع يضارب بالثمن ، أو يعود (١) إلى بذل قيمتها أو قلمها مع غرامة أرش النقص . وإن مكناه من الرجوع فيها ، فوافق الغرماء والمفلس ، وباع الأرض معهم حين باعوا البناء ، فذاك . وطريق التوزيع ، ما سبق في الرهن . وإن امتنع ، لم يجبر على الأظهر ، وإذا لم يوافقهم ، فباعوا البناء والفراس ، بقي للبائع ولاية التملك بالقيمة ، وأقلع مع الأرض ، وللمشتري الخيار في البيع إن كان جاهلاً بحال ما اشتراه ، هذا الذي ذكرناه في هذا الضرب ، هو الذي قطع به الجماهير في الطرق كلها ، وهو الصواب المعتمد . وذكر إمام الحرمين في المسألة أربعة أقوال .

أحدها : لا رجوع بحال . والثاني : تباع الأرض والبناء رفقاً بالمفلس . والثالث : يرجع في الأرض ويتخير بين ثلاث خصال : تملك البناء والفراس بالقيمة ، وقلمها مع التزام أرش النقص ، وإبقاؤها بأجرة المثل ، يأخذها من ملكها . وإذا عين خصلة ، فاختار الغرماء والمفلس غيرها ، أو امتنعوا من الكل ، فوجهان في أنه يرجع إلى الأرض ، ويقلع مجاناً ، أو يجبرون على ما عينه . والرابع : إن كانت قيمة البناء أكثر ، فالبايع فاقده عين ماله . « إن كانت قيمة الأرض أكثر ، فواجد . هذا نقل الإمام ، وتابعه الغزالي وأصحابه على الأقوال الثلاثة الأولى ، وهذا النقل شاذ منكر لا يعرف ، وليت شعري من أين أخذت هذه الأقوال ؟ »

فرع

اشترى الأرض من رجل ، والفراس من آخر ، وغرسه فيها ، ثم فلس ، فلكل

(١) وفي هامش الأصل ما نصه : قوله « يعود » إشارة إلى أنه لو امتنع من ذلك ثم عاد إليه مكن .

الرجوع إلى عين ماله . فان رجعا وأراد صاحب الفراس القلع ، مكّين وعليه تسوية الحفر وأرش نقص الأرض إن نقصت . وإن أراد صاحب الأرض ، فكذلك إن ضمن أرش النقص ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : المنع ، لأنه غرس محترم ، كفرس المفلس . والثاني : له ، لأنه باع الفرس مفرداً ، فيأخذه كذلك .

الحال الثاني : أن لا تكون الزيادة قابلة للتمييز ، كخلط ذوات الأمثال بعضها ببعض ، فإذا اشترى صاع حنطة أو رطل زيت ، فخلطه بحنطة ، أو زيت ، ثم فلس ، فإن كان مثله ، فالبائع الفسخ ، وتملك صاع من المخلوط ، وطلب القسمة . وإن طلب البيع ، فهل يجاب ؟ وجهان . أحدهما : لا ، كما لا يجاب الشريك . والثاني : نعم ، لأنه لا يصل بالقسمة إلى عين حقه ، ويصل بالبيع إلى بدل حقه ، وقد يكون له غرض . وإن كان المخلوط أردأ من المبيع ، فله الفسخ والرجوع في قدر حقه من المخلوط . وفي كيفيته وجهان . أحدهما : يباع الجميع ، ويقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين ، لأنه لو أخذ صاعاً ، نقص حقه . ولو أخذ أكثر ، حصل الربا . فعلى هذا ، إن كان المبيع يساوي درهمين ، والمخلوط به درهماً ، قسم الثمن أثلاثاً . وأصحها : ليس له إلا أخذ صاع ، أو المضاربة ، لأنه نقص حصل في المبيع ، كتميع العبد . وخرج قول أن . الخلط بائس والأردأ يمنع الرجوع ، وليس بشيء . وإن كان المخلوط به أجود ، فأقوال . أظهرها : ليس له الرجوع ، بل يضارب بالثمن . والثاني : يرجع ويأعان ، ثم يوزع الثمن على نسبة القيمة . والثالث : يوزع نفس المخلوط بينهما باعتبار القيمة . فإذا كان المبيع يساوي درهماً ، والمخلوط به درهمين ، أخذ ثلثي صاع ، وهذا القول أضعفها ، وهو رواية البوطي والريبع .

فرع

قال الإمام : إذا قلنا : الخلط يلحق البيع بالمفقود ، فكان أحد الخليطين كثيراً ،

والآخر قليلاً ، لا تظهر به زيادة في الحس ، ويقع مثله بين الكيلين ، فإن كان الكثير للبائع ، فالوجه :القطع بكونه واجداً عين ماله ، وإن كان الكثير للمشتري ، فالظاهر كونه فاقداً .

فرع

لو كان المخلوط به من غير جنس المبيع ، كالزيت بالشيرج ، فلا فسخ ، بل هو كالتالف ، وفيه احتمال للامام .

الضرب الثاني : الصفة المحضة .فاذا اشترى حنطةً فطحنها ، أو ثوباً فقصره ، أو خاطه بخيوط من نفس الثوب ، ثم فلس ، فللبائع الرجوع فيه . ثم إن لم تزد قيمته ، فلا شركة للمفلس ، وإن نقصت ، فلا شيء للبائع غيره ، وإن زادت ، فقولان . أحدهما : أن هذه الزيادة أثر ، ولا شركة للمفلس ، لأنها صفات تابعة ، كسمن الدابة بالملف ، وكبر الوادي^(١) بالسقي . وأظهرها : أنها عين ، والمفلس شريك بها ، لأنها زيادة بفعل محترم متقوّم ، ويجري القولان ، فيما لو اشترى دقيقاً فخبزه ، أو لحماً فشواه ، أو شاة فذبجها ، أو أرضاً فضرب من ترابها ليناً أو عرصه ، وآلات البناء فبنى بها داراً . أما تعليم العبد القرآن ، والحرفة ، والكتابة ، والشعر المباح ، ورياضة الدابة ، فالأصح أنها على القولين .وقيل : هي أثر قطعاً ، كالسمن . وضبط صور القولين ، أن يصنع به ما يجوز الاستئجار عليه ، فيظهر به أثر فيه . وإنما اعتبرنا الأثر ، لأن حفظ الدابة وسياستها ، يجوز الاستئجار عليه ، ولا تثبت به مشاركة المفلس ، لأنه لا يظهر بسببه أثر على الدابة . فإن قلنا : أثر ، أخذ البائع المبيع بزيادته . وإن قلنا : عين ، يبيع وللمفلس بنسبة ما زاد في قيمته .

مثاله ، قيمة الثوب خمسة ، وبلغ بالقصارة ستة ، فللمفلس سدس الثمن . فلو ارتفعت القيمة ،

(١) الوادي : صغار النخل .

أو انخفضت بالسوق ، فالزيادة والنقص بينها على هذه النسبة . فلو ارتفعت قيمة الثوب دون القسارة ، بأن صار مثل ذلك الثوب يساوي غير مقصور ستة ، ومقصوراً سبعة ، فللمفلس سبع الثمن فقط . فلو زادت قيمة القسارة دون الثوب ، بأن كان مثل هذا الثوب يساوي مقصوراً سبعة ، وغير مقصور خمسة ، فللمفلس سبعان من الثمن . وعلى هذا القياس . ويجوز للبائع أن يمسك المبيع ، وينزع من بيعه ، ويبدل المفلس حصة الزيادة ، كذا نقل في « التهذيب » وغيره ، كما تبدل قيمة البناء والغراس . ومنه في « التتمة » لأن الصفة لا تقابل بموضع .

قلت : الاصح : نقل صاحب « التهذيب » ، وبه قطع صاحب « الشامل » و « البيان » . وقال صاحب « الحاوي » : ولا يسلم هذا الثوب إلى البائع ، ولا المفلس ، ولا الغرماء ، بل يوضع عند عدل حتى يباع كالجارية الحامل . والله أعلم

فرع

إذا استأجر المفلس أو غيره على القسارة ، أو الطحن ، فعمل الأجير عمله ، فهل له حبس الثوب المقصور والدقيق لاستيفاء الاجرة ؟ إن قلنا : القسارة وما في معناها أثر ، فلا . وإن قلنا : عين ، فنعم . كما للبائع حبس المبيع ، لاستيفاء الثمن ، وبه قال الأكثرون .

قلت : هكذا أطلق المسألة كثيرون ، أو الأكثرون ، ونص الشافعي رضي الله عنه في « الأم » ، والشيخ أبو حامد ، والماوردي ، وغيرهم ، على أنه ليس للأجير حبسه ، ولا لصاحب الثوب أخذه ، بل يوضع عند عدل حتى يوفيه الاجرة ، أو يباع لها . وهذا الذي قالوه ليس مخالفاً لما سبق . فإن جملة عند العدل ، حبس .

لكن ظاهر كلام الأكثرين : أن الأجير يحبسه في يده . والله أعلم

الضرب الثالث : ما هو عين من وجه ، وصفة من وجه ، كصبغ الثوب ، ولتّ السويق وشبهها . فإذا اشترى ثوباً وصبغه ، فإن نقصت القيمة ، أو لم تزد ، فحكمه ما سبق في الضرب الثاني . وإن زادت ، فقد يزيد بقدر قيمة الصبغ أو أقل ، أو أكثر .

الحال الأول : مثل أن يكون الثوب يساوي أربعة ، والصبغ درهين ، وصارت قيمته مصبوغاً ستة ، فللبائع أن يفسخ البيع في الثوب ، ويكون المفلس شريكاً له في الصبغ ، فيباع ويكون الثمن بينهما أثلاثاً . وهل يقول : كل الثوب للبائع ، وكل الصبغ للمفلس ، كما لو غرس ؟ أو يقول : يشتركان فيها جميعاً بالأثلاث لتعذر التمييز كخلط الزيت ؟ فيه وجهان .

الحال الثاني : مثل أن تصير قيمته مصبوغاً خمسة ، فالتقص محال على الصبغ ، لأنه هالك في الثوب ، والثوب بحاله ، فيباع ، وللبائع أربعة أخماس الثوب ، والمفلس خمس .

الحال الثالث : مثل أن تصير قيمته مصبوغاً ثمانية ، فالزيادة حصلت بصنعة الصبغ . فإن قلنا : الصنعة عين ، فالزيادة مع الصبغ للمفلس ، فيجعل الثمن بينهما نصفين . وإن قلنا : أثر ، فوجهان . أحدهما : يفوز البائع بالزيادة ، فله ثلاثة أرباع الثمن ، والمفلس ربع . وأصحها وبه قال الأكثرون : يكون للبائع ثلثا الثمن ، والمفلس ثلثه ، لأن الصنعة اتصلت بها ، فوزعت عليها . ولو صارت قيمته مصبوغاً ستة عشر مثلاً ، أو رغب فيه رجل فاشتراه ، ففي كيفية القسمة ، هذه الأوجه الثلاثة . ثم ما يستتبعه المفلس من الثمن للبائع ، دفعه ليخلص له الثوب مصبوغاً . ومنع ذلك صاحب « التتمة » كما سبق . هذا كله إذا صبغه بصبغ نفسه . أما إذا اشترى ثوباً وصبغاً من رجل ، فصبغه به ، ثم فلس ، فللبائع الرجوع فيها ، إلا أن تكون قيمته بعد الصبغ كقيمة الثوب قبل الصبغ أو دونها ، فيكون فاقداً للصبغ . فإن زادت القيمة ، بأن كانت قيمة الثوب أربعة ، والصبغ درهين ،

قصارت مصبوغة ثمانية ، وقلنا : الصنعة أثر ، أخذه ، ولا شيء للفلس . وإن قلنا :
عين ، فالفلس شريك بالربيع . ولو اشترى الثوب من واحد بأربعة وهي قيمته ،
والصبيغ من آخر بدرهمين وهما قيمته ، وصبغه ، وأراد البائعان الرجوع ، فإن كان
مصبوغة لا يزيد على أربعة ، فصاحب الصبيغ فاقد ماله ، وصاحب الثوب واجد
ماله ، بكماله إن لم ينقص عن أربعة ، وناقصاً إن نقص . فإن زاد على أربعة ،
فصاحب الصبيغ أيضاً واجد ماله ، بكماله إن بلغت الزيادة درهمين ، وناقصاً إن لم
تبلغهما . وإن كانت قيمته مصبوغة ثمانية ، فإن قلنا : الصنعة أثر ، فالشركة بين
البائعين ، كهي بين البائع والمفلس إذا صبغه بصبيغ نفسه . وإن قلنا : عين ،
فنصف الثمن لبائع الثوب ، وربعه لبائع الصبيغ ، والربيع للمفلس . ولو اشترى
صبغاً وصبيغ به ثوباً له ، فللبائع الرجوع إن زادت قيمته مصبوغة على ما كانت قبل
الصبيغ ، وإلا ، فهو فاقد . وإذا رجع ، فالقول في الشركة بينها كما سبق .
قلت : وإذا شارك ونقصت حصته عن ثمن الصبيغ ، فوجهات . أصحابها وهو
قول أكثر الأصحاب على ما حكاه صاحب « البيان » : أنه إن شاء قنع به ولا شيء
له غيره ، وإن شاء ضارب بالجميع . والثاني : له أخذه والمضاربة بالباقي . وبهذا
قطع في « المذهب » ، و « الشامل » ، و « المدة » ، وغيرها . والله أعلم

فرع

حكم صبغ الثوب ، كالبناء والفراش . فلو قال المفلس والغرماء : نقله ونفتم
نقص الثوب ، قال ابن كج : لهم ذلك .

فرع

ما ذكرناه من القطع بالشركة بالصبيغ ، إذا لم يحصل ، هو على إطلاقه ، سواء

أمكن تمييز الصبغ من الثوب ، أو صار مستهلكاً . وفي وجهه : إذا صار مستهلكاً ، صار كالقسارة في أنه عين أم أثر .

فرع

إذا اشترى ثوباً ، واستأجر قصّاراً ققصره ، ولم يوفه أجرته حتى فلس ، فإن قلنا : القسارة أثر ، فليس للأجير إلا المضاربة بالاجرة ، وللبائع الرجوع في الثوب مقصوراً ، ولا شيء عليه لما زاد . وقال صاحب « التلخيص » : عليه أجره القصّار ، فكأنه استأجره . وغلظه الأصحاب فيه . وإن قلنا : عين ، نظر ، إن لم تزد قيمته مقصوراً على ما كان قبل القسارة ، فالأجير فاقده عين ماله . وإن زادت ، فلكل من البائع والأجير ، الرجوع إلى عين ماله . فلو كانت قيمة الثوب عشرة ، والاجرة درهم ، والثوب المقصور يساوي خمسة عشر ، يبيع . وللبائع عشرة ، والأجير درهم ، والباقى للفلس . ولو كانت الاجرة تساوي خمسة دراهم ، والثوب بعد القسارة يساوي أحد عشر ، فإن فسخ الأجير الاجارة ، فعشرة للبائع ، ودرهم للأجير ، ويضارب بأربعة . وإن لم يفسخ ، فعشرة للبائع ، ودرهم للفلس ، ويضارب الأجير بالخسة . وحكى في « الوسيط » وجهاً : أنه ليس للأجير إلا القسارة الناقصة ، أو المضاربة ، كما هو قياس الأعيان . ولم أر هذا النقل لغيره ، فالتمد ما سبق . ولو كانت قيمة الثوب عشرة ، واستأجر صباغاً صبغه بصبغ قيمته درهم ، فصارت قيمته خمسة عشر ، فالأربعة الزائدة حصلت بالصنعة ، فيجري فيها القولان في أنها عين أو أثر . فإن رجع البائع والصباغ ، يبيع بخمسة عشر ، وقسم على أحد عشر إن قلنا : أثر . وإن قلنا : عين ، فلها أحد عشر ، والأربعة للفلس . ولو كانت بحالها ، ويبيع بثلاثين ، قال ابن الحداد : للبائع عشرون ، وللصباغ درهمان ، والفلس ثمانية .

وقال غيره : يقسم الجميع على أجد عشر ، عشرة للبائع ، ودرهم للصباغ ، ولا شيء للفلس . قال أبو علي : الأول جواب على قولنا : عين . والثاني : على أنها أثر . ولو كانت قيمة الثوب عشرة ، واستأجرة على قصارته بدرهم ، وصارت قيمته مقصوراً خمسة عشر ، فيبيع بثلاثين ، قال الشيخان أبو محمد والصيدلاني وغيرهما تقريباً على العين : إنه (١) يتضاعف حق كل منهم ، كما قاله ابن الحداد في الصبغ . قال الامام : ينبغي أن يكون للبائع عشرون ، والفلس تسعة ، والقصار درهم كما كان ، ولا يزيد حقه ، لأن القصار غير مستحقة للقصار . وإذا هي مرهونة بحقه ، وهذا استدراك حسن .

فرع

لو قال الغرماء للقصار : خذ أجرتك ودعنا نكون شركاء صاحب الثوب ، أجبر على الأصح ، كالبائع إذا قدمه الغرماء بالثمن ، فكأن هذا القائل يعطي القصار حقه العين من كل وجه .

فصل

لو أخفى المديون بعض ماله ، ونقص الموجود عن دينه فحجر عليه ، ورجع أصحاب الأمتعة فيها ، وقسم باقي ماله بين غرمائه ، ثم علمنا إخفائه ، لم ينقص شيء من ذلك ، لأن للقاضي يسع مال الممتنع وصرفه في دينه . والرجوع في عين المبيع بامتناع المشتري من أداء الثمن ، يختلف فيه . فإذا حكم به ، نفذ ، كذا قاله في التتمة ، وفيه توقف ، لأن القاضي ربما لا يمتد جواز ذلك .

(١) في الأصل : إنها .

فصل

من له الفسخ بالافلاس ، لو ترك الفسخ على مال ، لم يثبت المال . فان كان جاهلاً
بجوازه ، فقي بطلان حقه من الفسخ ، وجهان كما سبق في الرد بالميب .



كتاب المحجر

هو نوعان . حجر شرع لغيره ، وحجر لمصلحة نفسه .

الأول : خمسة أضرب . حجر الراهن لحق المرتهن ، وحجر المفلس لحق الغرماء ، وحجر المريض للورثة ، وحجر العبد لسيده ، وكذا المكاتب لسيده والله تعالى . وخامسها : حجر المرتد لحق المسلمين . وهذه الأضرب خاصة لا تعم التصرفات ، بل يصح من هؤلاء المحجورين ، الاقرار بالعقوبات ، وكثير من التصرفات ، وهي مذكورة في أبوابها .

النوع الثاني : ثلاثة أضرب . أحدها : حجر الجنون ، ويثبت بمجرد الجنون ، ويرتفع بالافاقه ، وتنسلب به الولايات واعتبار الأقوال كلها . ومن عامله ، أو أقرضه ، فتلغ المال عنده ، أو أتلفه ، فمالكه هو المضيّع . وما دام باقياً يجوز استرداده . والثاني : حجر الصبي . قال في « التتمة » : ومن له أدنى تمييز ، ولم يكمل عقله ، فهو كالصبي المميز . وتديره ووصيته ، يأتي بيانها إن شاء الله تعالى . وقد سبق إذنه في الدخول وحمله الهدية . والثالث : حجر السفينة المبذّر ، والضرب الأول أعم من الثاني . والثاني أعم من الثالث . ومقصود الكتاب هذه الأضرب ، والثالث معظم المقصود .

فصل

فيما يزول به حجر الصبي

قال جماعة : ينقطع حجر الصبي بالبلوغ رشيداً . ومنهم من يقول : حجر الصبي

ينقطع بمجرد البلوغ ، وليس هذا اختلافاً محققاً ، بل من قال بالأول ، أراد الاطلاق
الكلي ، ومن قال بالثاني ، أراد الحجر المخصوص بالصبي ، وهذا أولى ، لأن
الصبي سبب مستقل بالحجر ، وكذلك التبذير . وأحكامها متفارة . ومن بلغ مبذراً ،
فحكم تصرفه حكم تصرف البهية ، لا حكم تصرف الصبي .

فرع

للبلوغ أسباب . منها مشترك بين الرجال والنساء ، ومختص بالنساء .
أما المشترك ، فمنه السن . فإذا استكمل المولود خمس عشرة سنة قمرية ، فقد
بلغ . وفي وجه : يبلغ بالطنن في الخامسة عشرة ، وهو شاذ ضعيف .

السبب الثاني : خروج النني ويدخل وقت إمكانه باستكمال تسع سنين ، ولا
عبارة بما يفصل قبلها ، هذا هو الصحيح العتمد . وفي وجه : إنما يدخل بمضي
نصف السنة العاشرة . وفي وجه : باستكمال العاشرة . ولنا وجه : أن النني لا يكون
بلوغاً في النساء ، لأنه نادر فيهن . وطى هذا ، قال الامام : الذي يتجه عندي :
أنه لا يلزمها النسل . وهذا الوجه شاذ ، وفيما قاله الامام نظر .

السبب الثالث : إنبات العانة يقتضي الحكم بالبلوغ في الكفار . وهل هو حقيقة
البلوغ ، أم دليله ؟ قولان . أظهرهما : الثاني . فإن قلنا بالأول ، فهو بلوغ في
المسلمين أيضاً . وإن قلنا بالثاني ، فالأصح أنه ليس يلوغ .

قلت : اختلف أصحابنا فيما يفتى به في حق المسلمين ، واختار الامام الرافعي في
« المحرر » ، أنه لا يكون بلوغاً . والله أعلم

ثم المتبر شعر خشن يحتاج في إزالته إلى حلق ، فأما الزغب والشعر الضعيف الذي قد يوجد في الصغر ، فلا أثر له . وأما شعر الابط ، واللحية ، والشارب ، فقليل : كالمائة . وقيل : لا أثر لها قطعاً . وألحق صاحب « التهذيب » الابط بالمائة دون اللحية والشارب .

قلت : ويجوز النظر إلى منبت عانة من احتجنا إلى معرفة بلوغه بها للضرورة ، هذا هو الصحيح . وقيل : تمس من فوق حائل . وقيل : يلصق بها شمع ونحوه ليمتد بلصوقه به وكلاهما خطأ ، إذ يحتمل أنه حلقه ، أو نبت شيء يسير . والله أعلم

وأما ثقل الصوت ، ونهود الثدي ، وتواء طرف الحلقوم ، وانفراق الأرنبة ، فلا أثر لها على المذهب . وطرده في « التمه » فيها الخلاف . وأما ما يختص بالنساء ، فاثنتان . أحدهما : الحيض فهو لوقت الامكان ، بلوغ . والثاني : الحمل ، فإنه مسبوق بالانزال ، لكن لا نستيقن الولد إلا بالوضع . فإذا وضعت ، حكمنا بحصول البلوغ قبل الوضع بستة أشهر وشيء . فإن كانت مطلقة ، وأنت بولد يلحق الزوج ، حكمنا بلوغها قبل الطلاق .

فرع

الخنثى المشكل ، إذا خرج من ذكره ما هو بصفة النثى ، ومن فرجه ما هو بصفة الحيض ، حكم بلوغه على الأصح ، لأنه ذكر أمثى ، أو أنثى حاضت . والثاني : لا ، للتمارض . وإن وجد أحد الأمرين فقط ، أو أمثى وحاض بالفرج ، فقطع الجمهور بأنه ليس بلوغ ، لجواز أن يظهر من الفرج الآخر ما يعارضه . وألحق ، ما قاله

الامام ، أنه ينبغي أن يحكم يلوغه بأحدهما ، كما يحكم بذكورته هوأنوثته . ثم إن ظهر خلافه ، غيرنا الحكم .

قلت : قال صاحب « التتمة » ، إذا أزيل الخنثى من ذكره ، أو خرج الدم من فرجه مرة ، لم يحكم يلوغه . فإن تكرر ، حكم به . وهذا الذي قاله حسن ، وإن كان غريباً . والله أعلم .

فرع

وأما الرشد ، فقد قال الشافعي رضي الله عنه : هو إصلاح الدين والمال ، والمراد بالصالح في الدين : أن لا يرتكب محرماً يسقط العدالة ، وفي المال : أن لا يبذر . فمن التبذير تضييع المال بالقائه في البحر ، أو احتمال الغبن الفاحش في المعاملات ونحوها ، وكذا الانفاق في المحرمات . وأما الصرف في الأطعمة النفيسة التي لا تليق بحاله ، فقال الامام ، والفزالي : هو تبذير . وقال الأكثرون : لا ، لأن المال يتخذ لينتفع به ويلتذ . وكذا القول في التجميل بالثياب الفاخرة ، والاكتثار من شراء الجوارى ، والاستمتاع بهن ، وما أشبه ذلك . وأما الصرف إلى وجوه الخير ، كالصدقات ، وفك الرقاب ، وبناء المساجد والمدارس ، وشبه ذلك ، فليس بتبذير ، فلا سرف في الخير ، كما لا خير في السرف . وقال الشيخ أبو محمد : إن بلغ الصبي وهو مفرط بالانفاق في هذه الوجوه ، فهو مبذر . وإن عرض ذلك بعد بلوغه مقتصداً ، لم يصرف مبذراً ، والمعروف للأصحاب ما سبق . وبالجمل التبذير على ما نقله معظم الأصحاب محصور في التضييعات وصرفه في المحرمات .

فرع

لا بد من اختبار الصبي ليعرف حاله في الرشد وعدمه . ويختلف بطبقات الناس ، فولد التاجر يختبر في البيع والشراء والمماكسة فيها ، وولد الزارع في أمر الزراعة والانفاق على القوام بها ، والمحترف فيما يتعلق بحرفته ، والمرأة في أمر القطن والغزل وحفظ الأقمشة وصون الأطعمة عن الهرة والفأرة وشبهها من مصالح البيت . ولا تكفي المرة الواحدة في الاختبار ، بل لا بد من مرتين فأكثر بحيث يفيد غلبة الظن برشده . وفي وقت الاختبار . وجهان . أحدهما : بعد البلوغ . وأصحها : قبله . وعلى هذا في كيفيته وجهان . أحدهما (١) : يدفع إليه قدر من المال ، ويمتحن في المماكسة والمساومة ، فإذا آن الأمر إلى المقد ، عقد الولي . والثاني : يعقد الصبي ويصح منه هذا المقد للحاجة . ولو تلف في يده المال المدفوع إليه للاختبار ، فلا ضمان على الولي .

قلت : والصبي الكافر كالمسلم في هذا الباب ، فيعتبر في صلاح دينه وماله ما هو صلاح عندهم ، صرح به القاضي أبو الطيب وغيره . والله أعلم

فصل

إن بلغ الصبي غير رشيد لاختلال صلاح الدين ، أو المال ، بقي محجوراً عليه ، ولم يدفع إليه المال . وفي التهمة ، وجه ، أنه إن بلغ مصلحاً لماله ، دفع إليه وصح تصرفه فيه ، وإن كان فاسقاً . وإن بلغ مفسداً لماله ، منع منه حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة ، وهذا الوجه شاذ ضعيف ، والصواب ما تقدم وعليه التفريع ، فيستدام الحجر عليه ، ويتصرف في ماله من كان يتصرف قبل بلوغه . وإن بلغ

(١) في غلطوة الظاهرية : أحدهما .

رشيداً ، دفع إليه ماله . وهل ينفك الحجر بنفس البلوغ والرشد ؟ أم يحتاج إلى فك ؟ وجهان . أصحها : الأول لأنه لم يثبت بالحكم ، فلم يتوقف عليه ، كحجر المجنون ، يزول بنفس الافاقة . والثاني ، يحتاج ، فعلى هذا ينفك بالقاضي أو الأب ، أو الجد . وفي الوصي والقيم وجهان . وعلى هذا لو تصرف قبل الفك ، فهو كتصرف من انشأ عليه الحجر بالسفه الطارئ بعد البلوغ . ويجري الوجهان في الاحتياج فيما لو بلغ غير رشيد ، ثم رشد . وإذا حصل الرشد ، فلا فرق بين الرجل والمرأة ، وبين أن تكون مزوجة أو غيرها .

فرع

لو عاد التبذير بعدما بلغ رشيداً ، فوجهان . أحدهما : يمود الحجر عليه بنفس التبذير ، كما لو جن . وأصحها : لا يمود ، لكن يميده القاضي ، ولا يميده غيره على الصحيح . وقال أبو يحيى البلخي : يميده الأب والجد كما يميده القاضي . ولو عاد الفسق دون التبذير ، لم يمد الحجر قطعاً ، ولا يعاد أيضاً على المذهب ، لأن الأولين لم يحجروا على الفسقة ، بخلاف الاستدامة ، لأن الحجر كان ثابتاً ، فبقي . وإذا حجر على من طرأ عليه السفه ، ثم عاد رشيداً ، فإن قلنا : الحجر عليه لا يثبت إلا بحجر القاضي ، لم يرتفع إلا برفعه . وإذا قلنا : يثبت بنفسه ، ففي زواله الخلاف السابق فيمن بلغ رشيداً . وأما الذي يلي أمر من حجر عليه للسفه الطارئ ، فهو القاضي إن قلنا : لا بد من حجر القاضي . وإن قلنا : يصير محجوراً بنفس السفه ، فوجهان ، كالوجهين فيما إذا طرأ عليه الجنون بعد البلوغ ، أحدهما الأب ، ثم الجد كحال الصغر ، وكما لو بلغ مجنوناً . والثاني : القاضي لأن ولاية الأب زالت ، فلا تمود . والأول أصح في صورة الجنون ، والثاني أصح

في صورة السفه . واعلم أن الغزالي صرح في « الوسيط » و « الوجيز » بأن
عود التبذير وحده لا أثر له ، وإنما المؤثر في عود الحجر أو إعادته عود الفسق
والتبذير جميعاً ، وليس كما قال ، بل الأصحاب متفقون على أن عود التبذير كاف في
ذلك كما سبق .

قلت : أما « الوجيز » فهو فيه كما نقله عنه ، وكذا في أكثر نسخ « الوسيط » . وفي
بعضها حذف هذه المسألة وإصلاحها على الصواب . وكذا وجد في أصل الغزالي ،
وقد ضرب على الأول وأصلحه على الصواب . والله أعلم

فرع

لو كان يفين في بعض التصرفات خاصة ، فهل يحجر عليه حجر خاص في ذلك
النوع ؟ وجهان ، لبعد اجتماع الحجر بالسفه وعدمه في شخص .

فرع

الشحيح على نفسه جداً مع اليسار ، في الحجر عليه لينفق بالمعروف وجهان ،
أصحهما : المنع .

فصل

فيما يصح من تصرفات المحجور عليه بالسفه ، وما لا يصح

وفيه مسائل .

الأولى : لا تصح منه العقود التي هي مظنة الضرر المالي ، كالبيع ، والشراء ،
والاعتاق ، والكتابة ، والهبة ، والنكاح ، وسواء اشترى بعين أو في الذمة . وفي

الشراء في الذمة وجه ، أنه يصح تخريجاً من العبد ، وليس بشيء . وإذا باع وأقبض ، استرد من المشتري ، فإن تلف في يده ، ضمن . ولو اشترى وقبض ، أو استقرض فتلّف المأخوذ في يده ، أو أتلّفه ، فلا ضمان لأن الذي أقبضة هو المضيع ، ويسترد وليه الثمن إن كان أقبضه . وسواء كان من عامله عالماً بحاله ، أم جاهلاً لتقصيره بالبحث عن حاله . ولا يجب على السفية أيضاً الضمان بعد فك الحجر ، لأنه حجر ضرب لمصلحته فأشبهه الصبي ، لكن الصبي لا يأثم ، والسفية يأثم لأنه مكلف . وفي وجه ، يضمن بعد فك الحجر إن كان أتلّفه بنفسه ، وهو شاذ .

قلت : هذا إذا أقبضه البائع الرشيد . فأما إذا أقبضه السفية بغير إذن البائع ، أو أقبضه البائع ، وهو صبي أو محجور عليه بسفه ، فانه يضمنه بالقبض قطعاً ، صرح به أصحابنا ، وفقه ظاهر . والله أعلم

هذا كله إذا استقل بهذه التصرفات ، فأما إذا أذن له الولي ، فان أطلق الاذن ، فهو لفو ، وإن عين تصرفاً وقدر الموض ، فوجهان . أصحابها عند الغزالي : الصحة ، كما لو أذن في النكاح ، فانه يصح قطعاً ، وإن كان بعضهم قد أشار إلى طرد الخلاف فيه . وأصحابها عند البغوي : لا يصح كما لو أذن للصبي .

قلت : هذا الثاني أصح عند الأكثرين منهم ، الجرجاني ، والرافعي في « المحرر » ، وجزم به الروياني في « الحلية » . والله أعلم

ويجري الوجهان فيما لو وكله رجل بشيء من هذه التصرفات ، هل يصح عقده للموكل ، وفيما لو اتهم أو قبل الوصية لنفسه .

قلت : الأصح : صحة إتهابه وبه قطع الجرجاني . والله أعلم

ولو أودعه إنسان شيئاً قتل ف عندة ، فلا ضمان عليه . وإن أتلفه ، فقولان كما لو أودع صبياً .

المسألة الثانية : لو أقر بدين معاملة ، لم يقبل سواء أسنده إلى ما قبل الحجر أو بعده ، كالصبي . وفيما إذا أسنده إلى ما قبل الحجر ، وجه أنه يصح تخريباً من الفلّس على قول ، وليس بشيء . ولو أقر باتلاف أو جناية توجب المال ، لم يقبل على الأظهر كدين المعاملة . ثم ما رددناه من إقراره لا يؤاخذ به بعد فك الحجر . ولو أقر بما يوجب حداً أو قصاصاً ، قبل . ولو أقر بسرقة توجب القطع قبل في القطع . وفي المال قولان كاللحد إذا أقر بالسرقة . هذا إن لم يقبل إقراره بالاتلاف . فإن قبلناه ، فهنا أولى . ولو أقر بقصاص وعفا المستحق على مال ثبت على الصحيح ، لأنه يتعلق باختيار غيره ، لا بإقراره . ولو أقر بنسب ، ثبت وينفق على الولد المستحق من بيت المال .

قلت : كذا قال الأصحاب في كل طريقهم : يقبل إقراره بالنسب ، وينفق عليه من بيت المال قطعاً . وشذ الروياني فقال في « الحلية » : يقبل إقراره بالنسب في أصح الوجهين ، وينفق عليه من ماله ، وهذا شاذ نهت عليه لئلا يفتر به . ولو أقر بالاستيلاد ، لم يقبل . والله أعلم

ومن ادعى عليه دين معاملة قبل الحجر وأقام بينة سمعت ، فإن لم تكن بينة ، وقبلنا : النكول ورد اليمين كالبينة ، سمعت ، وإن قلنا : كالأقرار ، فلا .

الثالثة : يصح طلاقه وخلعه ، وظهاره ، ورجته ، ونفيه النسب باللعان ، وشبه ذلك ، إذ لا تعلق لها بالمال . ولو كان السفينة مطلقاً مع حاجته إلى التكاح ، سري تجارية فإن تضجر منها ، أبدلت .

الرابعة : حكمه في المبادات ، كالرشيد ، لكن لا يفرق الزكاة بنفسه . ولو أحرم

بغير إذن الولي ، انعقد إحرامه . فإن أحرم بحج تطوع ، وزاد ما يحتاج إليه في سفره على نفقته المهودة ، ولم يكن له في طريقه كسب يفي بتلك الزيادة ، فلولي منعه . ثم المذهب وبه قطع الأكثرون ، أنه كالمحصّر يتحلل بالصوم ، إذا قلنا : لدم الإحصار بدل ، لأنه ممنوع من المال ، ونقل الإمام فيه وجهين : هذا ، والثاني أن عجزه عن النفقة لا يلحقه بالمحصّر ، بل هو كالمفلس الفاقد للزاد والراحلة ، لا يتحلل إلا ببقاء البيت . وإن لم يزد ما يحتاج إليه على النفقة المهودة ، أو كان يكتسب في الطريق ما يفي بالزيادة ، لم يمنعه الولي ، بل ينفق عليه من ماله ، ولم يسلمه إليه ، بل إلى ثقة لينفق عليه في الطريق . وإن أحرم بحجة مفروضة ، كحجة الاسلام والنذر قبل الحجر ، لم ينفق عليه الولي كما ذكرنا . قال في «التتمة» : والنذورة بعد الحجر ، كالنذورة قبله إن سلكنا بالنذر مسلك واجب الشرع . وإلا ، فهي كحجة التطوع .

قلت : ولو أفسد حجه المفروض بالجماع ، لزمه المضي فيه والقضاء . وهل يطيعه الولي نفقة القضاء ؟ وجهان . حكاهما الماوردي . والله أعلم

ولو نذر التصديق بعين مال ، لم يصح . وفي الذمة ينعقد . ولو حلف ، انعقدت يمينه ويكفر عند الخنث بالصوم كالمبد .

قلت : وفيه وجه حكاه صاحب «الحاوي» ، والقاضي حسين ، والمتولي ، أنه يلزمه التكفير بالمال ، فيجب على الولي إخراج الكفارة من مال السفية . قال القاضي : فإن كثر حشته ، لزمه الكفارة ، ولا يخرجها الولي ، ولا يصح صومه ، بل تبقى عليه حتى يصمر ، فيصوم إذا قلنا : الاعتبار في الكفارة بحال الأداء . وإذا قلنا : بالصحيح أن واجبه الصوم ، فلم يصم حتى فك حجره . قال الماوردي : إن قلنا يعتبر في الكفارة حال الأداء ، لم يجزئه الصوم مع اليسار . وإن اعتبرنا حال الوجوب ،

ففي أجزاء الصوم وجهان ، لأنه كان من أهل الصوم ، إلا أنه كان موسراً .
وانتألم

فصل

فمن يلي أمر العبي والمجنون ، وكيف يتصرف

أما الذي يلي ، فهو الأب ثم الجد ، ثم وصيها ، ثم القاضي ، أو من ينصبه القاضي .

قلت : وهل يحتاج الحاكم إلى ثبوت عدالة الأب والجد لثبوت ولايتها ؟ وجهان
حكاهما القاضي أبو الطيب ، والشافعي ، وآخرون . وينبغي أن يكون الراجع ،
الاكتفاء بالعدالة الظاهرة . وانتألم

ولا ولاية للأُم على الأصح . وقال الاصطخري : لها ولاية المال بحد الأب
والجد ، وتقدم على وصيها . وأما كيفية التصرف ، فالقول الجلي فيه : كون
التصرف على وجه النظر والمصلحة ، فيجوز للولي أن يشتري له المقار ، بل
هو أولى من التجارة . فإن لم يكن فيه مصلحة لثقل الخراج ، أو جور السلطان ،
أو إشراف الموضع على الخراب ، لم يجوز . ويجوز أن يبنى له الدور والساكن ، ويبنى
بالآجر والطين دون اللبن والجص . وقال الروياني : يجوز كثير من الأصحاب البناء
على عادة البلد كيف كان . قال : وهو الاختيار . ولا يبيع عقاره إلا لحاجته ، مثل
أن لا يكون له ما يصرفه في نفقته وكسوته ، وقصرت غلته عن الوفاء بها ولم يجد
من يقرضه ، أو لم ير المصلحة في الاقتراض ، أو لنبطة مثل أن يكون ثقل الخراج ،
أو رغب فيه شريك أو جار بأكثر من ثمن مثله وهو يجد مثله يبعث ذلك الثمن .

ويجوز أن يبيع ماله نسيئة وبالعرض ، إذا رأى المصلحة فيه . وإذا باع نسيئة ، زاد على ثمنه نقداً ، وأشهد عليه وارتهن به رهناً وافياً . فإن لم يفعل ، ضمن ، كذا قاله الجمهور . وحكى الامام وجهين في صحة البيع إذا لم يرتهن ، وكان المشتري مليئاً ، وقال : الأصح الصحة . ويشبه أن يذهب القائل بالصحة إلى أنه لا يضمن ، ويجوزه اعتماداً على ذمة المبيع . وإذا باع الأب مال ولده لنفسه نسيئة ، لا يحتاج إلى رهن من نفسه ، لأنه أمين في حق ولده .

فرع

إذا باع الأب أو الجد عقار الطفل ورفع إلى القاضي ، سجل على بيعه ، ولم يكلفه إثبات الحاجة أو الغبطة بالبينة ، لأنه غير متهم . وفي بيع الوصي والأمين لا يسجل إلا إذا قامت البينة على الحاجة أو الغبطة .

قلت : وفي احتياج الحاكم إلى ثبوت عدالة الأب والجد لا يسجل لهما ، وجهان حكاهما في « البيان » . والله أعلم

وإذا بلغ الصبي وادعى على الأب أو الجد بيع ماله بغير مصلحة ، فالقول قولهما مع اليمين . وإن ادعاه على الوصي أو الأمين ، فالقول قول المدعي في العقار ، وعليهما البينة . وفي غير العقار وجهان . أصحهما : كالعقار . والفرق عسر الاشهاد في كل قليل وكثير يبيعه ، ومنهم من أطلق وجهين من غير فرق بين ولي وولي ، ولا بين المقار وغيره . ودعواه على المشتري من الولي ، كهي على الولي .

فرع

ليس الوصي يبيع ماله لنفسه ، ولا يبيع مال نفسه له ، ولالأب والجد ذلك ، ولهما

يسع مال أحد الصغيرين للآخر . وهل يشترط أن يقول : بت واشترت ، كما لو باع لغيره . أم يكفي أحدهما ؟ وجهان سبقا في البيع .

فرع

إذا اشترى الولي للطفل ، فليشتر من ثقة . وحيث أمر بالارتهاث ، لا يقوم الكفيل مقامه .

فرع

لا يستوفي القصاص المستحق له ، ولا يعفو ، ولا يعتق عبيده ، ولو كان بموض ، ولا يكتبهم ، ولا يهب أمواله ولو بشرط الثواب ، ولا يطلق زوجته ولو بموض . ولو باع شريكه شقصاً مشفوعاً ، أخذ أو ترك بحسب المصلحة . فإن ترك بحسب المصلحة ، ثم بلغ الصبي وأراد أخذه ، لم يمكن على الأصح ، كما لو أخذ للمصلحة ، ثم بلغ الصبي وأراد رده . والثاني : يمكن لأنه لو كان بالغاً ، كان له الأخذ . وإن خالف المصلحة والاخذ المخالف للمصلحة ، لم يدخل في ولايته ، فلا يفوت بتصرف الولي .

قلت : فإذا قلنا بالأصح ، فبلغ وادعى أنه ترك الشفعة من غير غبطة ، قال صاحب « المذهب » وغيره : حكه حكم يسع المقار . والله أعلم

فرع

ليس للولي أخذ أجرة ولا نفقة من مال الصبي إن كان غنياً ، وإن كان فقيراً

وانقطع بسببه عن الكسب ، فله أخذ قدر النفقة . وفي التعليق : أنه يأخذ أقل
الامرين من قدر النفقة ، وأجرة المثل .

قلت : هذا المنقول عن التعليق ، هو المروف في أكثر كتب المراقين ونقله
صاحب « البيان » عن أصحابنا مطلقاً ، وحكاة هو وغيره عن نص الشافعي رضي
الله عنه ، وحكى الماوردي والشاشي وجهاً ، أنه يجوز أيضاً للغني أن يأكل بقدر
أجرته . والصحيح المروف ، انقطع بأنه لا يجوز للغني مطلقاً . والله أعلم

والقول في أنه هل يستبد بالأخذ ، يأتي في « كتاب النكاح » ، إن شاء الله تعالى .
وهل عليه ضمان ما أخذه كالضطر إذا أكل طعام الغير أم لا ؟ كالامام إذا أخذ
الرزق من بيت المال ؟ فيه قولان .

قلت : أظهرهما : لا ضمان ، لظاهر القرآن ، ولأنه بدل عمله . والله أعلم

فرع

الولي أن يخلط ماله بمال الصبي ويؤاكلة . قال ابن سريج : وللمسافرين خلط
أزوادهم ، وإن تفاوتوا في الأكل ، قال : وهذا أولى بالجواز ، لأن كلاً منهم من
أهل المسامحة .

قلت : لا خلاف في جواز خلط المسافرين على الوجه المذكور ، بل هو مستحب ،
ونقل صاحب « البيان » من أصحابنا ، أنه مستحب ، ذكره في باب الشركة ، ودلائله
من الأحاديث الصحيحة كثيرة . والله أعلم

فرع

يجب على الولي أن ينفق عليه ويكسوه بالمروف ، ويخرج من أمواله الزكاة
وأروش الجنائيات وإن لم تطلب ، ونفقة القريب بعد الطلب .

فرع

إن دعت ضرورة حريق أو نهب إلى المسافرة بماله، سافر، وإلا، فإن كان الطريق مخوفاً، لم يسافر به، وإن كان آمناً، فوجهان. أصحابها: الجواز لأن المصلحة قد تقتضي ذلك، والولي مأمور بالمصلحة بخلاف المودع. والثاني: النفع وبه قطع المراقبون كالوديمة.

قلت: لو سافر به في البحر، لم يحز إن كان مخوفاً، وكذا إن كانت سلامته غالبية على المذهب، وبه قطع القاضي حسين، ونقله الإمام عن معظم الأصحاب. وقيل: يجوز إن أوجبنا ركوبه للحج. والله أعلم.

ثم إذا أجاز له المسافرة به، جاز أن يبعثه مع أمين.

فرع

ليس لغير القاضي إقراض مال الصبي، إلا عند ضرورة نهب أو حريق ونحوه، أو إذا أراد سفره. ويجوز للقاضي الإقراض، وإن لم يكن شيء من ذلك لكثرة مشغاله. وفي وجهه: القاضي كنيته. ولا يجوز إيداعه مع إمكان الإقراض على الأصح، فإن عجز عنه، فله الإيداع. ويشترط فيمن يودعه الأمانة، وفي من يقرضه الأمانة واليسار. وإذا أقرض ورأى أن يأخذ به رهناً، أخذه، وإلا تركه. قلت: يستحب للحاكم إذا حجر على السفينة، أن يشهد على حجره. وإن رأى أن يتادي عليه في البلد، فادى مناديه ليتجنب الناس معاملته. وحكى في «الحاوي»، و«المستظهر»، عن أبي علي ابن أبي هريرة وجهاً، أنه يجب الإشهاد، وهو شاذ. وإذا كان للصبي أو السفينة كسب، أجبره الولي على الاكتساب ليرتقى

به في النفقة وغيرها ، حكاه في « البيان » . ولو وجب للسفيه قصاص ، فله أن يقتص ويعفو . فإن عفا على مال ، صح ، ووجب دفع المال إلى وليه . وإن عفا مطلقاً ، أو على غير مال ، فإن قلنا : القتل يوجب أحد الأمرين ؛ القصاص أو الدية ، وجبت الدية لأن عفوه عنها لا يصح ، وإن قلنا : يوجب القصاص فقط ، سقط القصاص ، ولا مال . وإذا مرض المحجور عليه لسفه مرضاً مخوفاً ، لم يتغير حكمه ، وتصرفاته فيه كتصرفه في صحته . وحكى في « الحاوي » ، وجهاً ، أنه يقلب عليه حجر المرض ، فيصح عتقه من ثلثه ، وهذا شاذ ضعيف . والله أعلم

كتاب الصلح

فسره الأئمة بالعقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين ، وليس هذا على سبيل الحد ، بل أرادوا ضرباً من التعريف ، إشارة إلى أن هذه اللفظة تستعمل عند سبق الخصمة غالباً ، ثم أدخل الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم في الباب ، التزامهم في المشترك ، كالشوارع ونحوها . وفي الكتاب ثلاثة أبواب .

الأول : في أحكام الصلح . وقد يجري بين المتداعين ، وبين المدعي وأجنبي . والقسم الأول نوعان . أحدهما : ما يجري على الاقرار وهو ضربان . أحدهما : الصلح عن العين . وهو صنفان .

أحدهما : صلح الماوضة ، وهو الذي يجري على غير العين المدعاة ، بأن ادعى عليه داراً فأقر له بها ، وصالحه منها على عبد أو ثوب ، فهذا الصنف حكمه حكم البيع ، وإن عقد بلفظ الصلح . وتتعلق به جميع أحكام البيع كالرد باليب ، والشفعة ، والمنع من التصرف قبل القبض ، واشتراط القبض في المجلس إن كان المصالح عليه والمصالح عنه متفقين في علة الربا ، واشتراط التساوي في معيار الشرع إن كان جنساً ربوياً ، وجريان التحالف عند الاختلاف ، ويفسد بالفرر ، والجهل ، والشروط الفاسدة كفساد البيع . ولو صالحه منها على منفعة دار ، أو خدمة عبد مدة معلومة ، جاز ، ويكون هذا الصلح إجارة ، فثبت فيه أحكام الإجارة .

الصنف الثاني : صلح الخطيئة ، وهو الجاري على بعض العين المدعاة ، كمن صالح من الدار المدعاة على نصفها أو ثلثها ، أو من العبدین على أحدهما ، فهذا هبة بعض المدعي لمن في يده ، فيشترط لصحته القبول ومضي مدة إمكان القبض . وفي اشتراط إذن جديد في قبضه ، بخلاف المذكور في كتاب الرهن . ويصح بلفظ

المبة ، وما هو في معناها . وفي صحته بلفظ الصلح ، وجهان . أحدهما : لا ، لأن الصلح يتضمن المفاوضة . وعالم أن يقابل ملكه بيمضه . وأصحها : الصحة ، لأن الخاصية التي يفترق إليها لفظ الصلح ، هي سبق الخصومة ، وقد حصلت . ولا يصح هذا الصنف بلفظ البيع .

فرع

الصلح يخالف البيع في صور .

إحداها : المسألة السابقة ، وهي إذا صالح صلح الخطيئة بلفظ الصلح ، فانه يصح على الأصح . ولو كان بلفظ البيع ، لم يصح قطعاً .

الثانية : لو قال من غير سبق خصومة : بني دارك بكذا ، فباع ، صح . ولو قال والحالة هذه : صالحني عن دارك هذه بألف ، لم يصح على الأصح ، لأن لفظ الصلح لا يطلق إلا إذا سبقت خصومة ، وكان هذا الخلاف فيما لو استعملا لفظ الصلح بلا نية . فلو استعملا ونويا البيع ، كان كناية بلا شك ، وجرى فيه الخلاف في انعقاد البيع بالكناية .

الثالثة : لو صالح عن القصاص ، صح ولا مدخل للفظ البيع فيه .

الرابعة : قال صاحب « التلخيص » ، لو صالحنا أهل الحرب من أموالهم على شيء نأخذه منهم ، جاز ولا يقوم مقامه البيع ، واعترض عليه القفال ، بأن تلك المصالحة ، ليست مصالحة عن أموالهم ، وإنما نصالحتهم ونأخذ منهم للكف عن دمائهم وأموالهم ، وهذا صحيح ، ولكن لا يمنع مخالفة اللفظين ، فان لفظ البيع لا يجري في أمثال تلك المصالحات .

الخامسة : قال صاحب « التلخيص » ، لو صالح من إرش الموضحة على شيء

معلوم ، جاز إذا علمنا قدر أرشها . ولو باع ، لم يجوز وخالفه الجمهور في افتراق اللفظين ، وقالوا : إن كان الأرض مجهولاً كالحكومة التي لم تقدر ولم تضبط ، لم يصح الصلح عنه ولا بيعه . وإن كان معلوم القدر والصفة ، كالدرهم ، إذا ضبطت ، صح الصلح عنها ، وصح بيعها ممن هي عليه . وإن كان معلوم القدر دون الصفة ، على الوجه المتبر في السلم ، كالابل الواجبة في الدية ، ففي جواز الاعتياض عنها بلفظ الصلح ولفظ البيع جميعاً وجهان . ويقال : قولان . أحدهما : يصح كمن اشترى عيناً لم يعرف صفتها . وأصحها : النع كما لو أسلم في شيء لم يصفه ، هذا في الجراحة التي لا توجب القود ، فإن أوجبه في النفس ، أو فيما دونها ، فالصلح عنها مبني على أن موجب العمد ماذا ؟ وسيأتي في بابه إن شاء الله تعالى .

الضرب الثاني : الصلح عن الدين ، وهو صنفان .

أحدهما : صالح المعاوضة وهو الجاري على عين الدين المدعى . فينظر ، إن صالح عن بعض أموال الربا على ما يوافق في الملة ، فلا بد من قبض الموضع في المجلس ، ولا يشترط تعيينه في نفس الصلح على الأصح . فإن لم يكن الموضع ربويين ، فإن كان الموضع عيناً ، صح الصلح ، ولا يشترط قبضه في المجلس على الأصح . وإن كان ديناً ، صح على الأصح ، ولكن يشترط التعيين في المجلس ، ولا يشترط القبض بعد التعيين على الأصح .

الصنف الثاني : صلح الخطيئة وهو الجاري على بعض الدين المدعى ، فهو إبراء عن بعض الدين ، فإن استعمل لفظ الإبراء أو ما في معناه ، بأن قال : أبرأتك من خمسمائة من الألف الذي عليك ، أو صالحتك على الباقي ، برىء مما أبرأه ، ولا يشترط القبول على الصحيح . وفي وجه بعيد : يشترط فيه ، وفي كل إبراء ،

ولا يشترط قبض الباقي في المجلس . وإن اقتصر على لفظ الصلح فقال : صالحتك على ألف الذي لي عليك على خمسمائة ، فوجهان كتنظيره في صلح الخطيطة في المين ، والأصح الصحة . وفي اشتراط القبول وجهان ، كالوجهين فيما لو قال لمن عليه الدين : وهبته لك ، والأصح ، الاشتراط ، لأن اللفظ بوضعه يقتضيه . ولو صالح منه على خمسمائة معينة ، جرى الوجهان . ورأى الامام الفساد هنا أظهر . ولا يصح هذا الصنف بلفظ البيع ، كتنظيره في الصلح عن المين . ولو صالح من ألف مؤجل على ألف حال أو عكسه ، فباطل ، لأن الأجل لا يسقط ولا يلحق . فلو عجل من عليه المؤجل وقبله المستحق ، سقط الأجل بالاستيفاء ، وكذا الحكم في الصحيح والكسر . ولو صالح من ألف مؤجل على خمسمائة حائلة ، فباطل . ولو صالح من ألف حال على خمسمائة مؤجلة ، فهذا ليس من المفاوضة في شيء ، بل هو مسامحة من وجهين . أحدهما : حط خمسمائة . والثاني : إلحاق أجل بالباقي . والأول شائع ، فيراً عن خمسمائة . والثاني : وعد لا يلزم ، فله المطالبة بالباقي في الحال .

فرع

قال أحد الوارثين لصاحبه : تركت حقي من التركة لك ، فقال : قبلت ، لم يصح ويبقى حقه كما كان . ولو قال : صالحتك من نصيبي على هذا الثوب ، فإن كانت التركة أعياناً ، فهو صلح عن العين . وإن كانت ديوناً عليه ، فهو صلح عن الدين . وإن كانت على غيره ، فهو بيع دين لغير من عليه ، وقد سبق حكمه . وإن كان فيها عين ودين على الغير ، ولم يجوز بيع الدين لغير من عليه ، بطل الصلح في الدين . وفي العين قولاً تفريق الصفة .

فرع

له في يد رجل ألف درهم ، وخمسون ديناراً ، فصالحه منه على ألفي درهم ، لا يجوز . وكذا لو مات عن ابنين والتركة ألفا درهم ، ومائة دينار ، وهي في يد أحدهما ، فصالحه الآخر من نصيبه على ألفي درهم ، لم يجوز . ولو كان المبلغ المذكور ديناً في ذمة غيره ، فصالحه منه على ألفي درهم ، جاز . والفرق أنه إذا كان في الذمة ، فلا ضرورة إلى تقدير المعاوضة فيه ، فيجعل مستوفياً لأحد الألفين ، وممتاضاً عن الدنانير الألف الآخر . وإذا كان معيناً ، كان الصالح عنه اعتياضاً ، فكأنه باع ألف درهم وخمسين ديناراً بألفي درهم . وهو من صور مذهب عوجة . ونقل الامام عن القاضي حسين وجهاً في صورة الدين بالمنع ، تنزيلاً على المعاوضة .

فرع

صالحه عن الدار المدعاة على أن يسكنها سنة ، فهو إعادة للدار يرجع فيها متى شاء . وإذا رجع ، لم يستحق أجره للمدة الماضية على الصحيح ، لأنها عارية . وفي وجه : يستحق ، لأنه قابل به رفع اليد عنها ، وهو عوض فاسد ، فيرجع بأجرة المثل . ولو صالحه عنها على أن يسكنها بمنفعة عبده سنة ، فهو كما لو أجر داراً بمنفعة عبد سنة .

فرع

صالحه عن الزرع الأخضر بشرط القطع ، جاز . ودون هذا الشرط لا يجوز . ولو كانت المصالحة عن الزرع مع الأرض ، فلا حاجة إلى شرط القطع على الأصح .

ولو كان النزاع في نصف الزرع ، ثم أقر المدعى عليه ، وتصالحا عنه على شيء ، لم يجز . وإن شرطاً القطع ، كما لو باع نصف الزرع مشاعاً ، لا يصح ، سواء شرطه ، أم لا .

النوع الثاني : الصلح عن الانكار ، فينظر ، إن جرى على غير المدعى ، فهو باطل . وصورة الصلح على الانكار ، أن يدعي عليه داراً مثلاً ، فينكر ، ثم يتصالحا على ثوب أو دين ، ولا يكون طلب الصلح منه إقراراً ، لأنه ربما يريد قطع الخصومة ، هذا إذا قال : صالحني مطلقاً ، أو صالحني عن دعواك . بل الصلح عن الدعوى ، لا يصح مع الإقرار أيضاً ، لأن مجرد الدعوى لا يتنازع عنه . ولو قال بعد الانكار : صالحني عن الدار التي ادعيتها ، فهل يكون إقراراً ، كما لو قال : ملّكتني ، أم لا ، لاحتمال قطع الخصومة ؟ وجهان . أصحابها : الثاني . فعلى هذا ، يكون الصلح بعد هذا الالتماس صلح إنكار . ولو قال : بعنيها ، أو هبالي ، فالصحيح أنه إقرار . لأنه صريح في التماس التملك . وقال الشيخ أبو حامد : هو كقوله : صالحني . ومثله : لو كان النزاع في جارية ، فقال : زوجنيها . ولو قال : أعزني ، أو أجزني ، فأولى بأن لا يكون إقراراً . ولو كان النزاع في دين ، فقال : أبرئني ، فهو إقرار . ولو أبرأ المدعي المدعى عليه وهو منكر ، وقلنا : لا يفترق الإبراء إلى القبول ، صح ، لأنه مستقل به ، فلا حاجة إلى تصديق الزعيم ، بخلاف الصلح . ولهذا ، لو أبرأه بعد التحليف ، صح ، ولو تصالحا بعد التحليف ، لم يصح .

فرع

لو جرى الصلح على الانكار على بعض المين الدعاة وهو صلح الخطيئة في المين ، فوجهان . قال القفال : يصح ، لأنها متفقان على أن المدعي يستحق النصف ،

لان المدعي يزعم استحقاق الجميع ، والمدعى عليه يسلم النصف له بحكم هبته له ،
وتسليمه إليه ، فبقي الخلاف في جهة الاستحقاق ، وقال الأكثرون : باطل ، كما لو كان
على غير المدعي . قالوا : ومتى اختلف القايض والدافع في الجملة ، فالقول قول
الدافع كما سبق في الرهن . والدافع هنا ، يقول : إنما بذلت النصف لدفع الأذى ،
حتى لا يرفعني إلى القاضي ، ولا يقيم علي بيعة زور . وإن كانت المدعى ديناً ،
وتصالحا على بعضه على الانكار ، نظر ، إن صالحه عن ألف على خمسمائة مثلاً
في الذمة ، لم يصح . ولو أحضر خمسمائة وتصالحا من الألف المدعى عليها ، فهو
مرتب على صلح الخطيئة في العين . فإن لم يصح ، فهنا أولى . وإلا ، فوجهان .
والأصح : البطالان باتفاقهم . والفرق أن ما في الذمة ، ليس هو ذلك المحضر ،
وفي الصلح عليه معنى المعاوضة ، ولا يمكن تصحيحه معاوضة مع الانكار . ولو
تصالحا ، ثم اختلفا هل تصلحا على الانكار ، أم على الاعتراف ؟ قال ابن كنج :
القول قول مدعي الانكار ، لأن الأصل أن لا عقد . وينبغي أن يخرج على الوجهين
فيما لو تنازع التبايعان ، هل عقدا صحيحاً أم فاسداً .

قلت : الصواب ، ما قاله ابن كنج ، وقد صرح به أيضاً الشيخ أبو حامد ،
وصاحب « البيان » وغيرها . والفرق أن الظاهر والغالب جريان البيع على الصحة ،
والغالب وقوع الصلح على الانكار . والله أعلم

القسم الثاني من الباب : في الصلح الجاري بين المدعى وأجنبي ، وله حالان .
الأول : مع إقرار المدعى عليه . فإن كان المدعى عيناً ، وقال الأجنبي : إن
المدعى عليه وكلني في مصالحتك له على نصف المدعى ، أو على هذا العبد من ماله ،
فتصالحا عليه ، صح . وكذا لو قال : وكلني في مصالحتك عنه على عشرة في ذمته .
ثم إن كان صادقاً في الوكالة ، صار المدعى ملكاً للمدعى عليه ، وإلا ، فهو شراء

الفضول، وقد سبق بيانه وتقريمه . وإن قال : أمرني بالمصالحة عنه على هذا البعد من مالي، فصالحه عليه ، فهو كما لو اشترى لغيره بمال نفسه باذن ذلك الغير ، وقد سبق خلاف في صحته ، وأنه إذا صح ، هل هو هبة ، أو قرض ؟ ولو صالح الأجنبي لنفسه بيمين ماله ، أو بدين في ذمته ، صح له ، كما لو اشتراه . وقيل : وجهان ، كما لو قال لغيره من غير سبق دعوى : صالحني من دارك على ألف ، لأنه لم يجز مع الأجنبي خصومة . والمذهب ، الصحة ، لأن الصلح ترتب على دعوى وجواب . أما إذا كان المدعى ديناً ، وقال : وكلني المدعى عليه بمصالحتك على نصفه ، أو على هذا الثوب من ماله ، فصالحه ، صح . ولو قال : على هذا الثوب ، وهو ملكي ، فوجهان . أحدهما : لا يصح ، لأنه يبيع شيء بدين غيره . والثاني : يصح ، ويسقط الدين كمن ضمن ديناً وأداه .

قلت : الأول : أصح . والله أعلم

ولو صالح لنفسه على عين أو دين في ذمته ، فهو ابتياع دين في ذمة الغير ، وسبق بيانه في موضعه .

قلت : لو قال : صالحني عن الألف الذي لك على فلان على خمسمائة ، صح ، سواء كان باذنه أم لا ، لأن قضاء دين غيره بغير إذنه جائز . والله أعلم

الحال الثاني : أن يكون منكرأ ظاهراً ، فجاء أجنبي فقال : أقر المدعى عليه عندي ، وكلني في مصالحتك له ، إلا أنه لا يظهر إقراره لئلا تنزعه منه ، فصالحه ، صح ، لأن دعوى الانسان الوكالة في البيع والشراء ومسائر المعاملات مقبولة . فإن قال : هو منكر ، ولكنه مبطل ، فصالحني له على عيدي هذا ، لتقطع الخصومة بينكما ، فوجهان . قال الامام : أصحها : لا يصح ، لأنه صلح إنكار . والثاني :

يصح ، لأن الاعتبار في شروط العقد بمن يباشره وهما متفقان . هذا إذا كان المدعى عيناً ، فإن كان ديناً ، فقليل : على الوجهين . والمذهب : القطع بالصحة . والفرق أنه لا يمكن تملك الغير عين ماله بغير إذنه ، ويمكن قضاء دينه بغير إذنه . وإن قال : هو منكر ، وأنا أيضاً لا أعلم صدقك ، وصالحه مع ذلك ، لم يصح ، سواء كان المصالح عليه له ، أو للمدعى عليه . كما لو صالحه المدعي وهو منكر . وإن قال : هو منكر ومبطل في إنكاره ، فصالحني لنفسي بعدي هذا ، أو بعثرة في ذمتي لآخذه منه ، فإن كان المدعى ديناً ، فهو ابتياع دين في ذمة غيره . وإن كان عيناً ، فهو شراء مفصوب ، فينظر في قدرته على انتزاعه وعجزه . وقد سبق بيان الحالين في أول البيع . ولو صالح وقال : أنا قادر على انتزاعه ، صح العقد على الأصح ، اكتفاءً بقوله . والثاني : لا ، لأن الملك في الظاهر للمدعى عليه ، وهو عاجز عن انتزاعه . قال الامام : والوجه أن يقال : إن كان الأجنبي كاذباً ، فالعقد باطل باطلاً ، وفي مؤاخذته في الظاهر لالتزامه ، الوجهان . وإن كان صادقاً ، حكم بصحة العقد باطلاً ، وقطعت بمؤاخذته ، لكن لا تزال يد المدعى عليه إلا بحجة .

فرع

كالمثال لما ذكرنا

ادعى رجل على ورثة ميت داراً من تركته ، وقال : غصبنيها ، فأقروا له ، جاز لهم مصالحته . فإن دفعوا إلى بعضهم ثوباً مشتركاً بينهم ليصالح عليه ، جاز ، وكان عاقداً عن نفسه ووكيلاً عن الباقيين . ولو قالوا لواحد : صالحه عنا على ثوبك ، فصالحه عنهم ، فإن لم يسهم في الصلح ، وقع الصلح عنه . وإن ساءم ، فهل تلتفى (١) التسمية ؟ وجهان . فإن لم تلغها ، وقع الصلح عنهم . وهل الثوب هبة لهم ، أو قرض عليهم ؟ وجهان . وإن ألغيناها ، فهل يصح الصلح كله للعاقدة ، أم

(١) في نسخة : يكفي .

يُطل في نصيب الشركاء ويخرج نصيبه على قولي تفريق الصفقة ؟ وجهان . وإن
صالحه بمضهم على مال له دون إذن الباقي ليمتلك جميع الدار ، جاز . وإن صالح
لتكون الدار له ولهم جميعاً ، لنا ذكرهم ، وعاد الوجهان في أن الجميع يقع له ، أم يطل
في نصيبهم . ويخرج نصيبه على قولي الصفقة .

فرع

أسلم كافر على أكثر من أربع نسوة ، ومات قبل الاختيار والنسبين ، وقف
الميراث بينهما . فإن اصطالحن على القسمة على تفاوت أو تساوي ، جاز ، للضرورة .
ولو اصطالحن على أن تأخذ ثلاث منهم أو أربع المال الموقوف ، ويبدلن للباقيات
عوضاً من خالص أموالهم ، لم يصح . ونظير المسألة ، ما لو طلق إحدى امرأته
ومات قبل البيان ، ووقف لهما نصيب زوجة فاصطالحتا ، وما إذا ادعى اثنان ودبمة
في يد رجل ، فقال : لا أعلم لأيهما هي ، وما إذا تداعيا داراً في يدهما ، وأقام
كلٌ بينة ، ثم اصطالحا . وكذا لو كانت في يد ثالث وقلنا باستعمال البنتين .
قلت : وهذه مسائل تتعلق بالباب .

إحداها : ادعى داراً ، فأقر ، فصالحه على عبد ، فخرج مستحقاً ، أو رده بسبب ،
أو هلك قبل القبض ، رجعت الدار إلى الأول . وإن وجد به عيباً بعدما هلك ،
أو تيب في يده ، أخذ من الدار بقدر ما نقص من قيمة العبد ، كما لو باعها بعبد .
الثانية : ادعى عليه داراً ، فأنكره ، فقال المدعي : أعطيك ألفاً وتقر لي بها ،
فقبل ، فليس بصلح ، ولا يلزم الألف ، بل بذله وأخذ حرام . وهل يكون
هذا إقراراً ؟ وجهان في العدة ، و د البيان .

الثالثة : صالح أجنبي عن المدعي عليه بموض معين ، فوجده المدعي مبيعاً ، فله

رده ، ولا يرجع يبدله ، بل ينفسخ الصلح ويرجع إلى خصومة المدعى عليه ، وكذا لو خرج الموض مستحقاً . ولو صالحه على دراهم في الذمة ، فأعطاه دراهم ، فوجدها معيبة وردها ، أو خرجت مستحقة ، فله المطالبة يبدلها .

الرابعة : قال الشافعي رضي الله عنه : لو اشترى رجل أرضاً وبنهاها مسجداً ، فجاء رجل فادعاها ، فإن صدقه المشتري ، لزمه قيمتها . وإن كذبه ، فصالحه رحل آخر ، صح الصلح ، لأنه بذل مال على جهة القرية ، ولأن القيمة على المشتري ، لأنه وقفه . والصلح عما في ذمة غيره بغير إذنه ، جائز .

الخامسة : لو أتلّف عليه شيئاً قيمته دينار ، فأقر به ، وصالحه على أكثر من دينار ، لم يصح ، لأن الواجب قيمة التلّف ، فلم يصح الصلح على أكثر منه ، كمن غصب ديناراً ، فصالح على أكثر منه . ولو صالحه عنه بموض مؤجل ، لم يصح .

السادسة : سبق في أول الباب أن الصلح عن المجهول ، لا يصح . قال الشافعي رضي الله عنه : لو ادعى عليه شيئاً بجملاً ، فأقر له به وصالحه عنه على عوض ، صح الصلح . قال الشيخ أبو حامد وغيره : هذا إذا كان المقود عليه معلوماً لها ، فيصح وإن لم يسمياه ، كما لو قال : بعتك الشيء الذي نعرفه أنا وأنت بكذا ، فقال : اشتريت ، صح .

السابعة : إذا أنكر المدعى عليه ، ووكل أجنبياً ليصالح كما سبق ، فهل يحل له التوكيل ؟ وجهان . قال ابن سريج : يحرم عليه الانكار . ولو فعله ، فله التوكيل في المصالحة . وقال أبو إسحاق : يحرم عليه أيضاً التوكيل . ولو مات مورثه وخلف عيناً ، فادعاها رجل ، فأنكره ولا يعلم صدقه ، وخاف من اليمين ، جاز أن يوكل أجنبياً في الصلح ، لتزول الشبهة ، حكاه في « البيان » . والله أعلم

الباب الثاني في التزام علي الحقوق

وفيه فصول .

الأول : في الطريق ، وهو قسمان : نافذ ، وغيره . أما النافذ ، فالتاس كليم يستحقون المرور فيه ، وليس لأحد أن يتصرف فيه بما يبطل المرور ، ولا أن يشرع فيه جناحاً ، أو يتخذ على جدرانه ساباطاً يضر بالمارة . فإن لم يضر ، فلا منع منها . ويرجع في معرفة الضرر وعدمه إلى حال الطريق . فإن كان ضيقاً لا يمر فيه القوافل والفوارس ، فينبغي أن يرتفع بحيث يمر المارّ تحته منتصباً . وإن كانوا يمرون فيه ، فليكن ارتفاعه إلى حد يمر فيه الحمل مع الكنيسة فوقه على البعير ، لأنه وإن كان نادراً ، فانه قد يتفق . ولا تشتط زيادة على هذا ، على الصحيح . وقال أبو عبيد بن حَرَبويه : يشترط أن يكون بحيث يمر الراكب تحت منسوب الرمح . واتفق الأصحاب على تضعيف قوله ، لأن وضع الرمح على الكتف ، ليس بمسير . ويجوز لكل أحد أن يفتح الأبواب من ملكه إلى الشارع كيف شاء . وأما نصب الدكة وغرس الشجرة ، فإن كان يضيق الطريق ويضر بالمارة ، منع ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : الجواز ، كالجناس الذي لا يضر بهم . وأصحبهما ، وبه قطع العراقيون واختاره الامام : المنع . ولا يجوز أن يصالح عن إشراع الجناح على شيء ، سواء صالح الامام ، أو غيره ، وسواء أضر بالمارة ، أم لا . ولو أشرع جناحاً لا ضرر فيه ، فأنهدم ، أو هدمه ، فأشرع رجل آخر جناحاً في محاذاته لا تمكن معه إعادة الأول ، جاز ، كما لو قعد في طريق واسع ثم انتقل عنه ، يجوز لغيره الارتفاق به ، هكذا قاله الأصحاب . ولك أن تقول : المرتفق بالعود للمعاملة لا يبطل حقه بمجرد الزوال عن ذلك الموضع ، وإنما يبطل بالسفر والاعراض عن الحرفة .

فقياسه أن لا يطل هنا بمجرد الهدم والانهدام ، بل يعتبر إعراضه عن إعادته .
قلت : إن ما قاسه كثيرون على ما إذا وقف في الطريق ، ثم فارق موقفه ، أو
قد للاستراحة ونحوها ، فلا يرد اعتراض الامام الرافعي رحمه الله . قال أصحابنا :
ولو أخرج جناحاً تحت جناح من يحاذيه ، لم يكن للأول منه ، إذ لا ضرر . ولو
أخرج فوق جناح الأول ، قال ابن الصباغ : إن كان الثاني عالياً لا يضر بالمسار
فوق الجناح الأول ، لم يمنع ، وإلا ، فله منه . ولو أخرج مقابلاً له ، لم يمنع ،
إلا أن يطل ارتفاع الأول . ولو كان الأول قد أخذ أكثر هواء الطريق ، لم يكن
لجاره مطالبته بتقصير جناحه ورده إلى نصف الطريق ، لأنه مباح سبق إليه .

والله أعلم

واعلم أن الأكثرين ، لم يتعرضوا في الاضرار بالمنوع إلا للارتفاع ، والانخفاض .
وأما إظلام الموضع ، فقال ابن الصباغ وطائفة : لا يؤثر ، ومقتضى المعنى المذكور ،
ولفظ الشافعي رضي الله عنه ، وأكثر الأصحاب ، تأثيره . وقد صرح به منصور
التميمي . وفي « النعمة » : إن انقطع الضوء كله ، أثر ، وإن نقص ، فلا .

فرع

الشوارع التي في البلاد ، والحوادث الممتدة في الصحاري سواء في أنها منفكة
عن الملك والاختصاص . والأصل فيها ، الإباحة وجواز الانتفاع ، إلا فيما يقدر
في مقصودها ، وهو الاستطراق . قال الامام : ومصير الموضع شارعاً ، له صورتان ،
إحداها : أن يحمل الرجل ملكه شارعاً وسبيلاً مسبلاً . والثانية : أن تنجي جماعة
بلدة أو قرية ، ويتركوا مسلكاً نافذاً بين الدور والمساكن ، ويفتحوا إليه الأبواب .

ثم حكى عن شيخه ، ما يقتضي صورة ثالثة ، وهو أن يصير موضع من الموات جادةً يستطرقها الرفاق ، فلا يجوز تغييره . وإنه كان يتردد في بنيات (١) الطرق التي يعرفها الخواص ويسلكونها . وكل موات ، يجوز استطرقه ، لكن لا يمنع أحد من إحيائه وصرف المرعته ، بخلاف الشوارع .

قلت : قال الامام : ولا حاجة إلى لفظ في مصير ما يجعل شارعاً . قال : وإذا وجدنا جادة مستطركة ، ومسلكاً مشروعاً نافذاً ، حكمنا باستحقاق الاستطراق فيه بظاهر الحال ، ولم نلتفت إلى مبدأ مصيره شارعاً . وأما قدر الطريق ، فقلد من تعرض لضبطه ، وهو مهم جداً ، وحكمه ، أنه إن كان الطريق من أرض مملوكة يسبها صاحبها ، فهو إلى خيرته ، والأفضل توسيعها . وإن كان بين أراض يريد أصحابها إحياءها ، فإن اتفقوا على شيء ، فذاك . وإن اختلفوا ، فقدره مبيع أذرع ، وهذا معنى ما ثبت في صحيح البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه : « قضى رسول الله ﷺ عند الاختلاف في الطريق ، أن يجعل عرضه سبع أذرع » . ولو كان الطريق واسعاً ، لم يجوز لأحد أن يستولي على شيء منه ، وإن قل ، يجوز عمارة ما حوله من الموات ، ويملكه بالاحياء بحيث لا يضر بالمارة . ومن المهمات المستفادة ، أن أهل الزمة يمنعون من إخراج الأجنحة إلى شوارع المسلمين النافذة . وإن جاز لهم استطرقها ، لأنه كاعلائهم البناء على بناء المسلمين ، أو أبلغ . هذا هو الصحيح ، وذكر الشاشي في جوازه وجبين . ومن أخرج جناحاً على وجه لا يجوز ، هدم عليه .

والله أعلم

القسم الثاني : الطريق الذي لا ينفذ ، كالسكة المسدودة الأسفل ، والكدام فيها في ثلاثة أمور .

الأول : اشراع الجناح ، فلا يجوز لنير أهل السكة بلا خلاف ، ولا لهم

(١) في نسخة : هيأت .

على الأصح الذي قاله الأكثرون إلا برضاهم ، سواء تضرروا ، أم لا . والثاني وهو قول الشيخ أبي حامد ومن تابعه : يجوز إذا لم يضر بالباقيين ، فإن أضر ورضي أهل السكة ، جاز . ولو صالحوه على شيء ، لم يصح بلا خلاف ، لأن الهواء تابع ، فلا يفرد بالمال صالحاً ، كما لا يفرد به ييماً . وهكذا الحكم في صلح صاحب الدار عن الجناح المشرع إليها ، ونفي بأهل السكة كل من له باب نافذ إليها دون من يلاصق جدار داره السكة من غير نفوذ باب . ثم هل الاشتراك في جميعها لجميعهم ، أم شركة كل واحد تختص بما بين رأس السكة وباب داره ؟ وجهان . أصحها : الاختصاص ، لأن ذلك هو محل تردده ، وما عداه ، فهو فيه كثير أهل السكة . وتظهر فائدة الخلاف على قول الأكثرين في منع إنشراح الجناح إلا برضاهم . فإن شركنا الكل في الكل ، جاز لكل واحد من أهل السكة المنع . وإن خصصنا ، فأنما يجوز المنع لمن موضع الجناح بين بابه ورأس الدرب . وتظهر فائدته على قول الشيخ أبي حامد ، في أن مستحق المنع إذا أضر الجناح : من هو ؟ لكنهم لم يذكره . قلت : قول الرافعي : لم يذكره ، من أعجب العجب ، فقد ذكره صاحب « التهذيب » ، مع أن معظم نقل الرافعي منه ومن « النهاية » . والله أعلم

ولو اجتمع المستحقون ، فسدوا رأس السكة ، لم ينعوا منه ، كذا قاله الجمهور . وقال أبو الحسن المبادي : يحتمل أن ينعوا ، لأن أهل الشارع يفرعون إليه إذا عرضت زحمة . ولو امتنع بعضهم ، لم يكن للباقيين السد قطعاً . ولو سدوا بانقائهم ، لم يستقل بعضهم بالفتح . ولو اتفقوا على قسمة صحن السكة بينهم ، جاز . ولو أراد أهل رأس السكة قسمة رأسها بينهم ، منعوا لِحَقِّ من يليهم . ولو أراد الأسفل قسمته ، فوجهان ، بناءً على الاشتراك فيه . ثم ما ذكرناه من سد الباب وقسمة الصحن ، مفروض فيما إذا لم يكن في السكة مسجد . فإن كان فيها مسجد عتيق ، أو جديد ،

منموا من السد والقسمه ، لأن المسلمين كلهم يستحقون الاستطراق إليه ، ذكره ابن كج . وعلى قياسه ، لا يجوز الاشرع عند الاضرار وإن رضي أهل السكة ، لحق سائر المسلمين .

الأمر الثاني : فتح الباب ، فليس لمن لا باب له في السكة إحداث باب إلا برضى أهلها كلهم . فلو قال : افتح إليها باباً للاستضاءة دون الاستطراق ، أو أفتح وأسمه ، فوجهان . أحدهما : عند أبي القاسم الكرخي : لا يمنع .

قلت : قلَّ مَنْ يَشْنُ الأَصْحَ من هذين الوجهين ، ولهذا ، اقتصر الرافعي على نسبة التصحيح إلى الكرخي . وعن صححه ، صاحب « البيان » والرافعي في « المحرر » ، وخالفهم الجرجاني ، والشاشي ، فصححا المنع ، وهو أفقه . والله أعلم

ولو كان له باب في السكة ، وأراد أن يفتح غيره ، فإن كان ما يفتحه أبعد من رأس السكة ، فلمن الباب المفتوح بين داره ورأس السكة منعه ، وفيمن داره بين الباب ورأس السكة ، وجهان ، بناءً على كيفية الشركة كما سبق في الجناح . وإن كان ما يفتحه أقرب إلى رأس السكة ، فإن سد الأول ، جاز ، وإلا ، فكما إذا كان أبعد ، لأن الباب الثاني إذا انضم إلى الأول ، أورث زيادة زحمة الناس ووقوف الدواب ، فيتضررون به . وحكى في « النهاية » طريقة جازمة ، بأن لا منع لمن يقع المفتوح بين داره ورأس السكة ، لأن الفاتح لا يمر عليهم . وهذا ينبغي أن يطرد فيما إذا كان المفتوح أبعد من رأس السكة .

قلت : جزم صاحب « الشامل » بأنه إذا فتح باباً آخر أقرب إلى رأس السكة ، ولم يسد الأول ، جاز ، ولا منع لأحد . وهذا وإن كان ظاهراً ، فما قلله الامام أقوى . ولم يذكر الرافعي - فيما إذا كان المفتوح أبعد - حكماً مَنْ بَابُهُ مقابل المفتوح ،

لا فوقه ولا تحته . وقد ذكر الامام ، انه كمن هو أقرب إلى رأس السكة ، ففيه
الوجهان . والله أعلم

وتحويل الميزاب من موضع إلى موضع ، كفتح باب وسد باب .

فرع

لو كان له داران ، ينفذ باب إحداها إلى الشارع ، والأخرى إلى سكة منسدة ،
فأراد فتح باب من إحداها إلى الأخرى ، لم يكن لأهل السكة منعه على الأصح .
ولو كان باب كل واحدة في سكة غير نافذة ، ففتح من إحداها إلى الأخرى ،
ففي ثبوت المنع لأهل السكتين ، الوجهان ، قاله الامام . وموضع الوجهين ، ما إذا
سد باب إحداها ، وفتح الباب لغرض الاستطراق . أما إذا قصد اتساع ملكه ونحوه ،
فلا منع قطعاً .

قلت : هذه العبارة فاسدة ، فانها توم اختصاص الخلاف ، بما إذا سد باب
إحداها ، وذلك خطأ ، بل الصواب ، جريان الوجهين إذا بقي البابان نافذين ، وكل
الأصحاب مصرحون به . قال أصحابنا : ولو أراد رفع الحائط بينها وجعلها داراً
واحدة ، ويترك بابيها على حالهما ، جاز قطعاً . وعن نقل اتفاق الأصحاب على
هذا ، القاضي أبو الطيب في تعليقه . فالصواب أن يقال : موضع الوجهين ، إذا
لم يقصد اتساع ملكه . وأما قوله : كذا نقله الامام ، فإن الوجهين مشهوران جداً .
وقوله : الأصح : الجواز ، تابع فيه صاحب « التهذيب » ، وخالفه أصحابنا العراقيون ،
فنقلوا عن الجمهور ، المنع . بل نقل القاضي أبو الطيب اتفاق الأصحاب على
المنع . قال : وعندي أنه يجوز . والله أعلم

فرع

حيث منعنا فتح الباب إلى السكة المنسدة ، فصالحه أهل السكة بمال ، جاز ، بخلاف الجناح ، لأنه هناك بذل مال في مقابلة الهواء . قال في « التتمة » : ثم إن قدروا مدة ، فهو إجارة . وإن أطلقوا ، أو شرطوا التأيد ، فهو بيع جزء شائع من السكة ، وتنزيل له منزلة أخدم . كما لو صالح رجلاً على مال ليجري في أرضه نهراً ، كان ذلك تمليكاً للنهر . ولو صالحه بمال على فتح باب من داره إلى داره ، صح ، ويكون كالصالح عن إجراء الماء على سطحه ، ولا يملك شيئاً من الدار والسطح ، لأن السكة لا تراد إلا للاستطراق ، فائبات الاستطراق فيها يكون نقلاً للملك . وأما الدار والسطح ، فلا يقصد بهما الاستطراق وإجراء الماء . قلت : قال أصحابنا : لو كانت داره في آخر السكة المنسدة ، فأراد نقل بابها إلى الوسط ، ويجعل ما بين الباب وأسفل السكة دهليزاً ، فإن شركنا الجميع في جميع السكة ، كان للباقيين منه ، وإلا ، فلا . والله أعلم

الامر الثالث : فتح المنافذ والكؤوس للاستضاءة ، ولا منع منه بحال ، لمصادفته الملك ، بل له إزالة رفع الجدار ، وجعل شباك مكانه .

فرع

قال الامام : لو فتح من لا باب له في السكة المنسدة باباً برضى أهلها ، كان لأهلها الرجوع متى شاؤوا ، ولا يلزمهم بالرجوع نهي ، بخلاف ما لو أعار الأرض للبناء والنراس ، ثم رجع ، فإنه لا يقلمه مجاناً . وهذا لم أره لغيره . والقياس : أن لا فرق .

فرع

قال الروياني : إذا كان بين داريه طريق نافذ ، فحفر تحته سرداباً من إحداها إلى الأخرى ، وأحكمه بالأزج^(١) لم يمنع . قال : وبمثلها أجاب الأصحاب فيما إذا لم يكن نافذاً ، لأن لكل أحد دخول هذا الزقاق ، كاستطراق الدرب النافذ . قال : وغلط من قال بخلافه ، وهذا اختيار منه لكونها في معنى الشارع ، والظاهر خلافه . واعتذر الامام عن جواز دخولها بأنه من قبيل الإباحة المستفادة من قرائن الأحوال . قلت : هذا الذي ذكره الروياني - فيما إذا كان الطريق نافذاً - صحيح . وكذا صرح به القاضي أبو الطيب وغيره . وأما تجويزه ذلك - فيما إذا لم يكن الطريق نافذاً - ونقله ذلك عن الأصحاب ، فضعيف ، ولا يوجد ذلك في كتب معظم الأصحاب ، ولعله وجده في كتاب أو كتابين ، فإني رأيت له مثل هذا كثيراً . وكيف كان ، فهذا الحكم ضعيف ، فإن الأصحاب مصرحون بأن الطريق في السكة المسدودة ملك لأصحاب السكة ، وأنهم لو أرادوا سدها وجعلها مساكن ، جاز ، ونقل الامام اتفاق الأصحاب على هذا . وإذا ثبت أنها ملكهم ، فالقرار تابع للأرض كما يتبعها الهواء ، فكما لا يجوز إخراج الجناح فوق أرضهم بغير رضام ، كذا السرداب تحتها . والله أعلم

الفصل الثاني

في الجدار

الجدار بين المالكين قسمان .

(١) قال في « المصباح » : الأزج : بيت بيني طولاً ، وأزجته تأزيجاً : إذا بنيت كذلك ، ويقال : الأزج : السقف ، والجمع : أزاج ، كسبب وأسباب .

الأول : المختص . فهل للجار وضع الجذوع عليه بغير إذن مالكة ؟ قولان .
القديم : نعم . ويجوز للمالك إن امتنع ، والجديد : لا ، ولا يجوز .
قلت : الأظهر : هو الجديد . ومن نص على تصحيحه ، صاحب « المذهب » ،
والجرجاني ، والشافعي ، وغيرهم ، وقطع به جماعة . والله أعلم

فعلى القديم : إنما يجوز بشروط .

أحدها : أن لا يحتاج مالك الجدار إلى وضع جذوع عليه .
والثاني : أن لا يزيد الجار في ارتفاع الجدار ، ولا يبني عليه أزجاً ، ولا يضع
عليه ما يضر الجدار .

والمثال : أن لا يملك شيئاً من جدران البقعة التي يريد تسقيفها ، أو لا يملك
إلا جداراً ، فإن ملك جدارين ، فليسقف عليها ، وليس له إجبار صاحب الجدار ،
ولم يعتبر الامام هذا الشرط هكذا ، بل قال : يشترط كون الجوانب الثلاثة من
البيت لصاحب البيت ، ويحتاج رابعاً . فأما إذا كان الكل للغير ، فلا يضع قولاً واحداً .
قال : ولم يعتبر بعض الأصحاب هذا الشرط ، واعتبر في « التتمة » ، مثل ما ذكره
الامام ، وحكى الوجهين فيما إذا لم يملك إلا جانباً أو جانبيين . والمذهب : ما قدمناه .
وإن قلنا بالجديد ، فلا بد من رضي المالك . فإن رضي بلا عوض ، فهو عارية ، يرجع
فيها قبل وضع الجذوع والبناء عليها قطعاً ، وبعده ، على الأصح كسائر العواري . وإذا
رجع ، لا يتمكن من قلمه مجاناً . وفي فائدة رجوعه وجهان . أحدهما : أنه يتخير
بين أن يبقى بأجرة ، وبين أن يقلع ، ويضمن أرش النقص ، كما لو أعار أرضاً
للبناء . لكن في إعارة الأرض خصلة تامة ، وهي تملك البناء بقيمته ، وليس للمالك
الجدار ذلك ، لأن الأرض أصل ، فجاز أن يستتبع البناء ، والجدار تابع ، فلا يستتبع . والثاني :
ليس له إلا الأجرة ، ولا يملك القلم أصلاً ، لأن ضرر القلع يصل إلى ما هو خالص ملك المستير ،

لأن الجذوع إذا رفعت أطرافها ، لم تستمسك على الجدار الباقي . والوجه الثاني : لا يملك الرجوع أصلاً ، ولا يستفيد به القاطن ، ولا طلب الأجرة للمستقبل ، وبه قطع المراقبون ، لأن مثل هذه الاعارة ، يراد بها التأييد ، فأشبه الاعارة لدفن ميت ، فإنه لا ينش ولا أجرة . فملى هذا ، لو رفع الجذوع صاحبها ، أو سقطت بنفسها ، لم يملك إعادتها بغير إذن جديد على الأصح . وكذا لو سقط الجدار فبناه ماله ، بملك الآلة ، لأن الاذن إنما تناول مرة . فإن بناه بغير تلك الآلة ، فلا خلاف أنه لا يعيد إلا باذن جديد ، لأنه جدار آخر .

قلت : الخلاف في جواز الاعادة بلا إذن . فلو منعه المالك ، لم يعد بلا خلاف ، إذ لا ضرر ، كذا صرح به صاحب « التتمة » ، وأشار القاضي أبو الطيب أو صرح بجرى الوجهين في جواز منعه ، فقال في وجه : ليس له منعه ، لأنه صبار له حق لازم ، هذا كله إذا وضع أولاً باذن . فلو ملكا دارين ، ورأيا خشباً على الجدار ، ولا يعلم كيف وضع ، فإذا سقط الحائط ، فليس له منعه من إعادة الجذوع بلا خلاف ، كذا صرح به القاضي أبو الطيب وصاحب « المذهب » و « الشامل » وآخرون ، لأننا حكمنا بأنه وضع بحق ، وشككنا في المجوز الرجوع . ولو أراد صاحب الحائط نقضه ، فإن كان مستهدماً ، جاز ، وحكم إعادة الجذوع ما سبق . وإن لم يكن مستهدماً ، لم يمكن من نقضه قطعاً . والله أعلم

أما إذا رضي بموض ، فقد يكون على وجه البيع أو الاجارة ، ومستحكم فيها إن شاء الله تعالى . ولو صالحه عنه على مال ، لم يجوز على قول الاجبار ، لأن من ثبت له حق ، لا يجوز أخذ عوض منه عليه . وإن قلنا : لا ، جاز ، بخلاف الصلح عن الجناح ، لأنه هواء مجرد .

القسم الثاني : المشترك ، والكلام فيه في ثلاثة أمور .

الأول : الانتفاع به ، فليس لأحد الشريكين أن يتد فيه وتداً ، أو يفتح

فيه كوة ، أو يترب الكتاب بترابه بغير إذن شريكه ، كسائر الاملاك المشتركة ، لا يستقل أحد الشريكين بالانتفاع . ويستثنى من الانتفاع ، ضربان . أحدهما : لو أراد أحدهما وضع الجذوع عليه ، ففي إيجاب شريكه ، القولان ، كالجار وأولى .

والثاني : ما لا تقع فيه المضايقة من الانتفاعات ، فلكل واحد منهما الاستقلال به ، كالاستناد ، وإسناد التاع إليه ، ويجوز في الجدار الخالص للجار مثله ، وهو كالاستضاءة بسراج الغير ، والاستغلال بجداره ، فانه جائز . ولو منع أحدهما الآخر من الاستناد ، فهل يمتنع ؟ وجهان ، لأنه عناد محض .

قلت : أصحها : لا يمتنع . والله أعلم

ومن الضرب الثاني ، ما إذا بنى في ملكه جداراً متصلاً بالجدار المشترك ، بحيث لا يقع ثقله عليه .

الأمر الثاني : قسمته ، إما في كل الطول ونصف العرض ، وإما في نصف الطول وكل العرض ، وليس المراد بالطول ارتفاعه عن الأرض ، فان ذلك سمك ، وإنما طول الجدار : امتداده من زاوية البيت إلى زاويته الأخرى مثلاً ، والعرض : هو البعد الثالث ، فإذا كان طوله عشرة أذرع ، وعرضه ذراعاً ، فقسمته في كل الطول ونصف العرض : أن يجعل لكل واحد نصف ذراع من العرض في طول عشرة أذرع . وقسمته بالعكس : أن يجعل لكل واحد خمس أذرع طولاً في عرض ذراع ، أو أي واحد من النوعين تراضياً عليه ، جاز . لكن كيف يقسم ؟ وجهان . أحدهما : يعلم بعلامة وخط رسم . والثاني : يشق وينشر بالإنشار . وينطبق على هذا الثاني ما ذكره المراقبون : أنها لو طلبا من الحاكم القسمة بالنوع الأول ، لم يجيبها ، لأن شق الجدار في الطول إتلاف له ، وتضييع ،

ولكنها يباشرانها بأنفسهما إن شاء ، وهو كما لو هدماه ، واقتسما النقض . وإن طلب أحدهما القسمة ، وامتنع الآخر ، نظر ، إن طلب النوع الأول ، لم يجب إليه على الصحيح لما فيه من الاضرار . وقيل : يجب ويحجر الممتنع ، لكن لا يقسم بالقرعة ، بل يخص كل واحد مما يليه . وإن طلب النوع الثاني ، لم يجب إليه على الأصح . أما إذا انهدم الجدار وظهرت العرصة ، أو كان بينها عرصة جدار لم بين عليها ، فطلب أحدهما قسمتها بالنوع الثاني ، يجب قطعاً . وإن طلبها بالنوع الأول ، فإن قلنا في الجدار : إن طالب مثل هذه القسمة يجب ، ويخص كل واحد بالشق الذي يليه بغير قرعة ، فكذا هنا . وإن قلنا هناك : لا يجب ، فهنا وجهان . أصحابها عند العراقيين وغيرهم : الاجابة . وإذا بنى الجدار وأراد تبريضه ، زاد فيه من عرض بيته .

الامر الثالث : الهارة ، فإذا هدم أحد الشريكين الجدار المشترك من غير إذن صاحبه لاستهدامه ، أو لغيره ، ففي « التهذيب » وغيره : أن النص لإجبار المأدم على إعادته ، وأن القياس : أنه يفرم نقضه ولا يجبر على البناء ، لأن الجدار ليس مثلياً .

قلت : قد ذكر صاحب « التنبية » وسائر العراقيين وطائفة من غيرهم ، فيما إذا استهدم ، فهدمه أحدهما بلا إذن ، طريقين . أصحابها : القطع بإجباره على إعادة مثله . والثاني : فيه القولان السابقان في الاجبار ابتداءً ، أحدهما عليه إعادة مثله ، والثاني : لا شيء . وقطع إمام الحرمين في أواخر باب « ثمة الحائط يباع أصله ، بأن من هدم حائط غيره عدواناً ، يلزمه أرش ما نقص ، ولا يلزمه بناؤه ، لأنه ليس بمثل ، والمذهب ما نص عليه . والله أعلم

ولو انهدم الجدار بنفسه ، أو هدماه معاً لاستهدامه أو غيره ، وامتنع أحدهما

من المارة ، ققولان . القديم : إجبارها عليها دفعا للضرر وصيانة للأمالك المشتركة عن التمثيل . والجديد : لا إجبار ، كما لا يجبر على زرع الأرض المشتركة ، ولأن المتع يتضرر أيضا بتكليفه المارة . ويجري القولان في النهر ، والقناة ، والبئر المشتركة ، إذا امتنع أحدهما من التنقية والمارة .

قلت : لم يبين الامام الرافعي الأظهر من القولين ، وهو من المهمات . والأظهر عند جمهور الأصحاب ، هو الجديد . من صرح بتصحيحه : المحاملي ، والجرجاني ، وصاحب « التنبيه » وغيرهم . وصحح صاحب « الشامل » القديم ، وأفتى به الشاشي . وقال الغزالي في « الفتاوى » : الأقبس ، أن يجبر . وقال : والاختيار ، إن ظهر للقاضي أن امتناعه مضارة ، أجبره . وإن كان لاعسار ، أو غرض صحيح ، أو شك فيه ، لم يجبر . وهذا التفصيل الذي قاله ، وإن كان أرجح من إطلاق القول بالإجبار ، فالتحتمل الجاري على القواعد : أن لا إجبار مطلقاً . والله أعلم

ولو كان علو الدار لواحد ، وسفلها لآخر ، فانهدمت ، فليس لصاحب السفلى إجبار صاحب الملو على معاوته في إعادة السفلى . وهل لصاحب الملو إجبار صاحب السفلى على إعادته ليني عليه ؟ فيه القولان . وقيل : القولان فيما إذا انهدم ، أو هدم ، فلا شرط . أما لو استهدم ، فهدمه صاحب السفلى بشرط الإعادة ، فيجبر قطعاً . ويجري القولان ، فيما إذا طلب أحدهما اتخاذ مسترة بين سطحيهما ، هل يجبر الآخر على مساعدته ؟

قلت : قال أصحابنا : ويجريان فيما لو كان بينهما دولاب وتشمت واحتاج إلى إصلاحه . والله أعلم

فرع

إذا قلنا بالقديم ، فأصر الممتنع ، أنفق الحاكم عليه من ماله . فإن لم يكن له مال ، اقترض عليه ، أو أذن للشريك في الاتفاق عليه ، ليرجع على الممتنع . فلو استقل به الشريك ، فلا رجوع على المذهب . وقيل : قولان . القديم : نعم . والجديد : لا . وقيل : يرجع في القديم . وفي الجديد ، قولان وقيل : إن لم يمكنه عند البناء مراجعة الحاكم ، رجع ، وإلا ، فلا . ثم إذا بناه ، إن كان بالآلة القديمة ، فالجدار بينها كما كان . والسفل في الصورة الأخرى لصاحبه كما كان ، وليس لصاحب الملو تقضه ولا منه من الانتفاع بملكه . وإن بناه بآلة من عنده ، فالمواد ملكه، وله تقضه . فلو قال الشريك: لا تنقض وأغرم لك نصف القيمة ، لم يجوز له النقص، لأننا على هذا القول نجبر الممتنع على ابتداء العمارة ، فلاستدامة أولى .

فرع

إذا قلنا بالجديد ، فأراد الطالب الانفراد بالعمارة ، نظر ، إن أرادها بالنقض المشترك ، أو أراد صاحب الملو إعادة السفل بنقض صاحب الأسفل ، أو بآلة مشتركة ، فلاخر منعه . وإن أراد بناءه بآلة من عنده، فله ذلك ليصل إلى حقه . ثم المواد ملكه ، يضع عليه ما شاء ، وينقضه إذا شاء . فلو قال شريك الجدار: لا تنقض لأغرم لك نصف القيمة ، أو قال صاحب السفل : لا تنقض لأغرم لك القيمة ، لم يلزمه إجابته على هذا القول كابتداء العمارة . ولو قال صاحب السفل : انقض ما أعدته لأبنيه بآلة نفسي . فإن كان طالبه بالبناء ، فامتنع ، لم يجبره ، وإن لم يطالبه وقد بنى علوه ، لم يجب ، لكن له أن يملك السفل بالقيمة ، ذكره في

و التهذيب ، ، وإن لم يبن عليه الملو ، أوجب صاحب السفلى ، ومتى بنى بآلة نفسه ،
فله منع صاحبه من الانتفاع بالمعاد ، بفتح كوة وغرز وتد ونحوها ، وليس له منع
صاحب السفلى من السكون على الصحيح ، لأن المرصعة ملكه . ولو أنفق على البئر
والنهر ، فليس له منع الشريك من الانتفاع بالماء لسقي الزرع وغيره ، وله منعه
من الانتفاع بالدولاب والبكرة المحدثين . ولو كان للمنتفع على الجدار المنهدم جذوع ،
فأراد إعادتها بعد أن بناه الطالب بآلة نفسه ، لزمه تمكينه ، أو نقض ما أعاد لبنه
معه المنتفع ، وبمعيد جذوعه .

فرع

لو تعاونا على إعادة الجدار المشترك بنقضه ، بقي على ما كان . فلو شرط
زيادة لأحدهما ، لم يصح على الصحيح . وفي وجه : يصح ، لتراضيهما . فلو انفرد
أحدهما بالبناء بالنقض المشترك باذن شريكه ، بشرط أن يكون له الثلثان ، جاز ،
ويكون السدس الزائد في مقابلة عمله في نصيب الآخر ، هكذا أطلقوه . واستدرك
الامام فقال : هذا مفسور فيما إذا شرط له سدس النقص في الحال ، لتكون
الأجرة عقيدة^(١) . فأما إذا شرط السدس الزائد له بعد البناء ، فلا يصح ، لأن الأعيان
لا تؤجل . ولو بناه أحدهما بآلة نفسه باذن الآخر ، بشرط أن يكون ثلثا الجدار
له ، فقد قابل ثلث الآلة المملوكة له ، وعمله فيه بسدس المرصعة المبني عليها . وفي
صحة هذه المعاملة قولان ، لجمعها بيعاً وإجارة . وشرط صحتها : معرفة الآلات وصفة
الجدار ، ويمود النظر في شرط ثلث النقص في الحال ، أو بعد البناء .

فرع

إذا كان له حق إجراء ماء في ملك غيره ، فأنهدم ، لم يجب على مستحق الاجراء

(١) قال في « المصباح » : عند الشيء عناداً : حفر ، فهو عند وعقيد .

مشاركته في الهارة ، لأنها تتعلق بالآلات وهي للمالكها . وإن كان الانهدام بسبب الماء ، فلا عمارة عليه أيضاً . قال الامام : وفيه احتمال ، لكن الظاهر ، أن لا عمارة عليه ، لأن الانهدام تولد من مستحق .

الفصل الثالث

في السقف

فاذا كان السفلى لرجل ، والعلو لرجل ، فقد يكون السقف بين ملكيهما مشتركاً ، وقد يكون لأحدهما . وحكم القسمين في الانتفاع ، يخالف حكمها في الجدار ، فيجوز لصاحب العلو ، الجلوس ووضع الأثقال عليه على المادة ، ولصاحب السفلى الاستئجار به ، وتعليق ما ليس له ثقل يتأثر به السقف ، كاثواب ونحوه قطعاً . وفي غيره ، أوجه . أحدها : لا يجوز أصلاً . والثاني : يجوز مالا يحتاج إلى إثبات وتد في السقف . وأصحابها : يجوز مطلقاً على المادة بلا فرق بين ما يحتاج إلى وتد وغيره . قال الشيخ أبو محمد : فإن قلنا : ليس له إثبات الوند والتعليق فيه ، فليس لصاحب العلو غرز الوند في الوجه الذي يليه . وإن جوزناه له ، ففي جوازه لصاحب العلو وجهان ، لندور حاجته ، بخلاف التعليق .

فرع

إذن المالك لغيره في البناء على ملكه ، قد يكون بغير عوض ، وهو الاعارة ، وقد يكون بموض . فمن صورته ، أن يُكرى أرضه ، أو رأس جداره ، أو سقفه ، مدة معلومة بأجرة معلومة ، فيجوز ، وسيله سائر الاجارات . ومنها أن يأذن فيه بصيغة البيع ، ويبين الثمن ، وهو صحيح ، خلافاً للزني رحمه الله . ثم يتصور

ذلك بعبارتين . إحداها : أن يبيع سطح البيت أو علوه للبناء عليه بثمن معلوم .
والثانية : أن يبيع حق البناء على ملكه . والأولى ، هي عبارة الشافعي رضي
الله عنه وجماهير الأصحاب . والثانية : عبارة الامام ، والنزالي ، رحمهما الله تعالى .
والأشبه : أن المراد منها شيء واحد : ثم في حقيقة هذا المقد ، أوجه . أحدها :
أنه يبيع ويملك المشتري به مواضع رؤوس الجذوع . والثاني : أنه إجارة . وإغالم
يشرط تقدير المدة ، لأن المقد الوارد على المنفعة ، يتبع فيه الحاجة . فإذا اقتضت
التأيد ، أبد ، كالنكاح . وأصحها : أنه ليس بيعاً ولا إجارة محضين ، بل فيه شبهها ،
لكونه على منفعة ، لكنها مؤبدة . فإذا قلنا : ليس بيعاً ، فمقدمه بلفظ الإجارة ، ولم
يتعرض لمدة ، انمقد أيضاً على الأصح ، كما ينمقد بلفظ الصلح ، لأنه كما يوافق
البيع في التأيد ، يوافقها في المنفعة . وإذا جرت هذه المعاملة ، وبني المشتري عليه ،
لم يكن للبائع أن يكلفه النقض ليغرم له أرش النقض . ولو أنهدم الجدار أو
السقف بعد بناء المشتري عليه وإعادة ماله ، فله المشتري إعادة البناء بتلك الآلات
أو بمثلها . ولو أنهدم قبل البناء ، فله المشتري البناء عليه إذا أعاده . وهل يجبره على
إعادته ؟ فيه اختلاف السابق . ولو هدم صاحب السفلى أو غيره السفلى قبل بناء
المشتري ، فعلى الهادم قيمة حق البناء للمشتري ، لأنه حال بينه وبين حقه . فلو
أعيد السفلى ، استرد الهادم القيمة لزوال الحيلولة . ولو كان الهدم بعد البناء ، فالقياس
أن يقال : إن قلنا : إن من هدم جدار غيره ، يلزمه إعادته ، يلزمه إعادة السفلى
والعلو . وإن قلنا : عليه أرش النقض ، فعليه أرش نقص الآلات ، وقيمة حق
البناء للحيلولة . وبالجمل لا ينفسخ هذا المقد بمرض هدم وانهدام ، لالتحاقه بالبيع .

فرع

سواء جرى الاذن في البناء بموضع أو بغيره ، يجب بيان قدر الموضع المبني

عليه طولاً وعرضاً ، ويجب مع ذلك إن كان البناء على الجدار أو السطح ، بيان
سمك البناء وطوله وعرضه ، وكون الجدران منضدة أو خالية الأجواف ، وكيفية
السقف المحمول عليه ، لأن الفرض يختلف بذلك . وفي وجه : يكفي إطلاق ذكر
البناء ، ويجمل على ما يحتمله المبني عليه ، ولا يشترط التعرض لوزن ما بينه على
الصحيح ، لأن التعريف في كل شيء بحسبه . ولو كانت الآلات حاضرة ، أغنت
مشاهدتها عن كل وصف . وإذا أذن في البناء على أرضه ، لم يجب ذكر سمك
البناء وكيفيته على الصحيح ، لأن الأرض تحتمل كل شيء .

فرع

ادعى ببناءً في يد رجل ، فأقر ، وتصالحا على أن يبني المقر على سطحه ، جاز
وقد أعاره المأر له سطح بيته للبناء . ولو تنازعا في سفله ، واتفقا على كون
العلو للمدعى عليه ، فأقر له بما ادعى ، وتصالحا على أن يبني المدعى على السطح ،
ويكون السفل للمدعى عليه ، جاز ، وذلك يبيع السفل بحق البناء على العلو .

فصل

من احتاج إلى إجراء ماء المطر من سطحه على سطح غيره ، أو إجراء ماء في
أرض رجل ، لم يكن له إجبار صاحب السطح والأرض على المذهب . وحكي قول
قديم : أنه يجبر ، وهو شاذ . فإن أذن فيه باجارة ، أو إعارة ، أو بيع ، جاز . ثم
في السطح لا بد من بيان الموضع الذي يجري عليه الماء ، والسطوح التي ينحدر الماء
إليه منها . ولا بأس بالجهل بقدر ماء المطر ، لانه لا يمكن معرفته ، وهذا عقد جواز
للحاجة . وإذا أذن ويمن ، ثم بنى على سطحه ما يمنع الماء ، فإن كان عارية ، فهو

رجوع ، وإن كان ييماً أو إجارة ، فالمشتري أو المستأجر نقب البناء وإجراء الماء فيه . وأما في الأرض ، فقال في « التهذيب » : لا حاجة في المارية إلى بيان ، لأنه إذا شاء رجح ، والأرض تحتل ما تحتل . وإن أجر ، وجب بيان موضع الساقية وطولها وعرضها وعمقها ، وقدر المدة . قال في « الشامل » : ويشترط كون الساقية محفورة . وإذا استأجر ، لا يملك الحفر . وإن باع ، وجب بيان الطول والعرض . وفي العمق وجهان ، بناءً على أن المشتري ، يملك موضع المجرى ، أم لا يملك إلا حق الاجراء ؟ ومقتضى كلام الأصحاب ترجيح الأول . هذا إذا كان لفظ البيع : بملك مسيل الماء . فإن قال : حق مسيل الماء ، فهو كبيع حق البناء ، ويحيى في حقيقة العقد ما سبق في بيع حق البناء . وفي المواضع كلها ، ليس له دخول الأرض بغير إذن مالِكها ، إلا أن يريد تنقية النهر ، وعليه أن يخرج من أرضه ما يخرج منه من النهر .

فرع

المأذون له في إجراء ماء المطر ، ليس له إلقاء الثلج ، ولا أن يترك انثلاج حتى يذوب ويسيل إليه ، ولا أن يجري فيه ما يفسد به ثيابه وأوانيّه ، بل لا يجوز أن يصلح على ترك الثلوج على سطحه ولا إجراء الفضلات على مال ، لأن الحاجة لا تدعو إليه . وفي الأول ، ضرر ظاهر . وفي الثاني ، جهالة . والمأذون له في إلقاء الثلج ، ليس له إجراء الماء .

فرع

تجوز المصالحة على قضاء الحاجة في حش غيره على مال ، وكذا على جمع الزبل

والقائمة في ملكه ، وهي إجارة يراعى فيها شرائطها ، وكذا المصالحة على البيتوتة على سطح . فلو باع مستحق البيتوتة منزله ، فليس للمشتري أن يبيت عليه ، بخلاف ما إذا باع مستحق إجراء الماء على سطح غيره مدة [بقاء] داره ، فإن المشتري يستحق الاجراء بقية المدة ، لأن الاجراء من مرافق الدار ، بخلاف البيتوتة .

فرع

لو خرجت أغصان شجرة إلى هواء ملك جاره ، فالجار مطالبته بإزالها . فإن لم يفعل ، فله تحويلها عن ملكه . فإن لم يمكن ، فله قطعها ، ولا يحتاج فيه إلى إذن القاضي ، وفيه وجه ضعيف . فلو صالحه على إبقائها بعوض ، لم يصح إن لم يستند الفحص إلى شيء ، لأنه اعتياض عن مجرد الهواء . وإن استند إلى جدار ، فإن كان بمد الجفاف ، جاز ، وإن كان رطباً ، فلا ، لأنه يزيد ولا يعرف قدر ثقله وضرره . فقال طائفة من أصحابنا البصريين : يجوز ، وما ينمى يكون تاباً . والأول أصح . وانتشار المروق ، كانتشار الاغصان . وكذلك ميل الجدار إلى هواء الجار ، قاله الاصطخري .

الباب الثالث

في التنازع

فيه مسائل .

الأولى : إذا ادعى على رجلين داراً في يدهما ، فصدقه أحدهما ، وكذبه الآخر ، ثبت له النصف باقرار المصدق ، والقول قول المكذب . فلو صالح المدعي المقر على مال ، وأراد المكذب أخذها بالشفعة ، ففيه طريقان .

أحدهما ، قول الشيخ أبي حامد وجماعة : إن ملكاها في الظاهر بسببين مختلفين ، فله ذلك ، لأنه لا تعلق لأحد المملكين بالآخر . وإن ملكا بسبب واحد ، من إرث ، أو شراء ، فوجهان . أحدهما : النفع ، لأنه زعم أن الدار ليست المدعى ، وأن الصلح باطل . وأصحها : يأخذ ، لأننا حكمتنا في الظاهر بصحة الصلح . ولا يبعد انتقال ملك أحدهما فقط وإن ملكا بسبب .

والطريق الثاني ، قاله ابن الصباغ : إن انتصر المكذب على قوله : لا شيء لك في يدي ، أو لا يلزمي تسليم شيء إليك ، أخذ . وإن قال مع ذلك : وهذه الدار ورثناها ، ففيه الوجهان . وهذا الطريق ، أقرب ، مع أن قوله : ورثناها ، لا يقتضي بقاء نصيب الشريك في ملكه ، بل يجوز انتقاله إلى المدعى . فلاختيار : أن يقطع بجواز الأخذ ، إلا أن يقول : إن الشريك مالك في الحال .

قلت : هذا الذي اختاره ، هو الصواب ، وقد قطع به هكذا القاضي أبو الطيب في تعليقه . والله أعلم

المسألة الثانية : ادعى رجلان داراً في يد رجل ، فأقر لأحدهما بنصفها ، ونظر ، إن ادعياها إرثاً ولم يترضا لقبض ، شارك صاحبه فيما أخذه ، لأن التركة مشتركة ، فالخاصل منها مشترك . وإن قالوا : ورثناها وقبضناها ، ثم غصبناها ، لم يشاركه على الصحيح وقول الأكثرين . فإن ادعيا ملكاً بشراء أو غيره ، فإن لم يقولوا : اشترينا معاً ، فلا مشاركة . وإن قالوا : اشترينا معاً ، أو اتهمنا معاً ، وقبضنا معاً ، فوجهان . أحدهما : أنه كالإرث . والثاني : لا مشاركة . فلو لم يترضا لسبب الملك ، فلا مشاركة قطعاً ، نص عليه في المختصر . وحيث شركنا في هذه الصور ، فصالح المصدق المدعى عليه على مال ، فإن كان باذن الشريك ، صح ، وإلا ، فباطل في نصيب الشريك . وفي نصيبه قولاً تفريق الصفقة . وقيل : يصح في جميع المقر به

لتوافق المتعاقدين، وهو ضعيف . ولو ادعى داراً في يده ، فأقر لأحدهما بجميعها ، فإن وجد من المقر له في الدعوى ما يتضمن إقراراً لصاحبه ، بأن قال : هذه الدار بيننا ، ونحو ذلك ، شاركه . وإن لم يوجد ، بل اقتصر على دعوى النصف ، نظر ، إن قال بعد إقرار المدعى عليه بالكل : الجميع لي ، سلم الجميع له ، ولا يلزم من ادعائه النصف أن لا يكون الباقي له ، ولعله ادعى النصف ، لكون المينة ما تساعده على غيره ، أو يخاف الجحود الكلي . وإن قال : النصف الآخر لصاحبي ، سلم لصاحبه . وإن لم يثبت لنفسه ، ولا لرفيقه ، فهل يترك في يد المدعى عليه ، أم يحفظه القاضي ، أم يسلم إلى رفيقه ؟ فيه أوجه ، أصحابها : أولها .

الثالثة : تدعى جداراً حائلاً بين ملكيها ، فله حلان .

أحدهما : أن يكون متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر اتصالاً لا يمكن إحداثه بعد بنائه ، فيرجح جانبه . وصورته : أن يدخل نصف لبنات الجدار المتنازع فيه في جداره الخاص ، ونصف جداره الخاص في المتنازع فيه ، ويظهر ذلك في الزوايا . وكذلك لو كان لأحدهما عليه أزج لا يمكن إحداثه بعد بناء الجدار بتمامه ، بأن أميل من مبدأ ارتفاعه عن الأرض قليلاً قليلاً . وإذا ترجح جانبه ، حلف وحكم له بالجدار ، إلا أن تقوم بينة على خلافه . ولا يحصل الرجحان بوجود الترسيف المذكور في مواضع معدودة من طرف الجدار ، لا مكان إحداثه بعد بناء الجدار بزرع لبنة ونحوها ، وإدراج أخرى . ولو كان الجدار المتنازع فيه مبنياً على خشبة طرفها في ملك أحدهما ، وليس منها شيء في ملك الآخر ، فالحشبة لمن طرفها في ملكه ، والجدار المبني عليها تحت يده ظاهراً ، قال الامام : ولا يخلو من احتمال .

الحال الثاني : أن يكون متصلاً بينائهما جميعاً ، أو منفصلاً عنهما ، فهو في أيديهما ،

فإن أقام أحدهما بينة ، قضي له ، وإلا ، فيحلف كل واحد منهما للآخر . فإذا حلفا ، أو نكلا ، جعل الجدار بينهما بظاهر اليد . وإن حلف أحدهما ونكل الآخر ،

قضي للحالف بالجميع . وهل يحلف كل واحد على النصف الذي يحصل له ، أم على الجميع لأنه ادعاه ؟ وجهان . أصحابها : الأول . قال الشافعي رضي الله عنه : ولا أنظر إلى من إليه الدواخل والخوارج ، ولا أنصاف اللبن ، ولا معاهد القمط^(١) معناه : لا أرجح شيء منها . قال المفرون لكلامه : المراد بالخوارج : الصور ، والكتابة المتخذة في ظاهر الجدار . وبالدواخل : الطلاقات ، والمحارب في باطن الجدار . وبأنصاف اللبن : أن يكون الجدار من لبنات مقطعة ، فتجعل الاطراف الصالح إلى جانب ، ومواضع الكسر إلى جانب . ومعاهد القمط ، تكون في الجدار المتخذ من قصب أو حصير ونحوهما . وأغلب ما يكون ذلك ، في الستر بين السطوح ، فيشد بجبال ، أو خيوط . وربما جعل عليها خشبة معترضة ، فيكون العقد من جانب ، والوجه المستوي من جانب . ولو كان لأحدهما عليه جذوع ، لم يرجح ، لأنه لا يدل على الملك ، كما لو تنازعا داراً في يدهما ولأحدهما فيها متاع ، فإذا حلقا ، بقيت الجذوع بحالها ، لاحتمال أنها وضعت بحق .

الرابعة : السقف المتوسط بين سفلى أحدهما وعلو الآخر ، كالجدار بين ملكيهما ، فإذا تداعيا ، فإن لم يكن إحداه بعد بناء العلو كالأزج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو ، جعل في يد صاحب السفلى ، لاتصاله بينائه على سبيل الترصيف . وإن أمكن بأن يكون السقف عالياً ، فيثقب وسط الجدار ، وتوضع رؤوس الجذوع في الثقب ، فيصير البيت بيتين ، فهو في أيديهما ، لا شراكهما في الارتفاع به .

الخامسة : علو الخان أو الدار لأحدهما ، والسفلى الآخر ، وتنازعا في العرصة أو الدهليز . فإن كان المرقى في الصدر ، جعلت بينهما ، لأن لكل واحد يداً ، وتصرفا

(١) القمط : الشرط ، جمع شريط ، وهو ما يعمل من ليف وخوص . وقيل : القمط : الخشب التي تكون على ظاهر الخس أو باطنه .

بالاستطراق ووضع الأمتعة وغيرها . قال الامام : وكان لا يبعد أن يقال : ليس للملو إلا المر ، وتجعل الرقبة للسفل . لكن لم يصبر إليه أحد من الأصحاب . وإن كان المرق في الدهليز أو الوسط ، فمن أول الباب إلى المرق ، بينهما ، وفيما وراءه ، وجهان . أصحاب السفل ، لانتقطاع صاحب الملو عنه ، واختصاص صاحب السفل يداً وتصرفاً . والثاني : بينها ، لأن صاحب الملو قد ينتفع به بوضع الأمتعة فيه ، وطرح القمامة . وإن كان المرق خارجاً ، فلا تعلق لصاحب الملو بالمرصة بحال . ولو تنازعا المرقى وهو داخل ، فإن كان منقولاً كالسلم الذي يوضع ويرفع ، فإن كان في بيت لصاحب السفل ، فهو في يده ، وإن كان في غرفة لصاحب الملو ، ففي يده . وإن كان منصوباً في موضع المرق (١) ، فنقل ابن كج عن الأكثرين : أنه لصاحب الملو ، لعود منفعته إليه . وعن ابن خيران : أنه لصاحب السفل كسائر المنقولات . وهذا هو الوجه . وإن كان المرقى مثبتاً في موضعه ، كالسلم المسمّر ، والأخشاب المعلقة ، فصاحب الملو ، لعود نفعه إليه . وكذا إن كان مبنياً من لبن أو آجر إذا لم يكن تحته شيء . فإن كان تحته بيت ، فهو بينهما كسائر السقوف . وإن كان تحته موضع حب أو جرّة ، فالأصح : أنه لصاحب الملو . والثاني : أنه كما لو كان تحته بيت .

(١) في مخطوطة الظاهرية : المرقى .

كتاب الحوالة

أصلها مجمع عليه . ومن أحيل على مليء استحب أن يحال . ولا بد في وجودها من ستة أمور : محيل ، ومحتال ، ومحال عليه ، ودين للمحتال على المحيل ، ودين للمحيل على المحال عليه ، ومراضاة بالحوالة بين المحيل والمحتال .

ويشترط في صحتها أمور . منها ما يرجع إلى الدينين ، ومنها ما يتعلق بالأشخاص الثلاثة . وفي حقيقة الحوالة ، وجهان . أحدهما : أنها استيفاء حق ، كأن المحتال استوفى ما كان له على المحيل وأقرضه المحال عليه . إذ لو كانت معاوضة ، لما جاز فيها التفرق قبل القبض إذا كانا ربوبين . وأصحها : أنها بيع ، وهو المنصوص ، لأنها تبديل مال بمال . وعلى هذا ، وجهان . أحدهما : أنها بيع عين بعين ، وإلا ، فيبطل (١) ، لأنهى عن بيع دين بدين . والصحيح : أنها بيع دين بدين ، واستثنى هذا للحاجة . قال الامام وشيخه رحمهما الله : لا خلاف في اشتغال الحوالة على المئينين : الاستيفاء والاعتياض ، والخلاف في أن أيهما أغلب ؟ أما شروطها فثلاثة .

الاول : الرضى ، فلا تصح إلا برضى المحيل والمحتال . وأما المحال عليه ، فإن كان عليه دين للمحيل ، لم يعتبر رضاه على الأصح . وإن لم يكن ، لم يصح بغير رضاه قطعاً . وبإذنه وجهان ، بناءً على أنها اعتياض أم استيفاء ، إن قلنا : استيفاء ، صح ، وإلا ، فلا . فإن صححنا ، فوجهان . أحدهما : يبرأ المحيل بنفس الحوالة كسائر الحوالات . وأصحها وبه قطع الأكثرون : لا يبرأ ، بل قبوله ضمان مجرد . فإن قلنا : لا تصح هذه الحوالة ، فلا شيء على المحال عليه . فإن تطوع وأداء ، كان قضاءً لدين غيره . وإن قلنا : يصح ، فهو كما لو ضمن ، فيرجع على المحيل إن أدى بإذنه ، وكذا بغير إذنه على الأصح ، لجريان الحوالة بإذنه ، وفي رجوعه قبل

(١) في مخطوطة الظاهرية : فليبطل .

الأداء ، وجهان بناءً على براءة المحيل . إن قلنا : يبرأ ، فنعم ، وإلا ، فلا .
وإذا طالب المحتال بالأداء ، فله مطالبة المحيل بتخليصه . وهل له ذلك قبل مطالبة
المحتال ؟ وجهان ، كالوجهين في مطالبة الضامن . ولو أبرأ المحتال ، لم يرجع على
المحيل بشيء . ولو قبضه المحتال ثم وهبه له ، ففي الرجوع وجهان .

قلت : أصحهما : الرجوع . والله أعلم

ولو ضمن عنه ضامن ، لم يرجع على المحيل حتى يأخذ المحتال منه ، أو من ضامنه .
ولو أحال المحتال على غيره ، نظر ، إن أحاله على من عليه دين ، رجع على محيله
بنفس الحوالة ، لحصول الأداء بها . وإن أحال على من لا دين عليه ، لم يرجع [مالم
يرجع]^(١) عليه الذي أحال عليه .

فرع

قد ذكرنا أن الرضى شرط . والمراد به : الإيجاب والقبول . ولو قال المحتال :
أحلني . فقال : أحلتك ، ففيه الخلاف السابق في مثله في البيع . وقيل : ينمقد
هنا قطعاً ، لأن مبناها على الرفق والسامحة .

الشرط الثاني : أن يكون ديناً لازماً ، أو مصيره إلى الزوم .

والدين ، ضربان . لازم ، وغيره .

أما غيره ، ففيه مسائل .

إحداها : الثمن في مدة الخيار ، تصح الحوالة به وعليه ، على الأصح .
فإن منمنا ، ففي انقطاع الخيار به ، وجهان . وإن جوزنا ، فقطع الامام والغزالي :
بأنه لا يبطل الخيار . فلو اتفق فسخ البيع ، بطلت الحوالة ، لأنها إنما صحت لافضاء
البيع إلى الزوم . فإذا لم يفض ، لم تصح . ومنقول الشيخ أبي علي واختياره ، بطلان

(١) ما بين معقنين زيادة من مخطوطة الظاهرية .

الخيار، لأن مقتضى الحوالة الزوم . فلو بقي الخيار ، فات مقتضاها ، فإن أبطلنا ، فأحال البائع المشتري على ثالث ، بطل خيارها ، لتراضيها . وإذا أحال البائع رجلاً على المشتري ، لا يطل خيار المشتري إلا إذا فرض منه قول ورضى . وأما الحوالة بالثمن بعد انقضاء الخيار ، وقبل قبض المبيع ، فالمذهب الذي عليه الجمهور : القطع بجوازها . والمسمودي إشارة إلى منبها ، لكونه غير مستقر . وقد اشتهر في كتب الأصحاب اشتراط استقرار ما يحال به وعليه .

المسألة الثانية : إذا أحال السيد على مكاتبه بالنجوم ، لم يصح على الأصح . وقال الحلبي : يصح . ولو أحال المكاتب سيده بالنجوم ، صح على الأصح ، وبه قطع الأكثرون . ولو كان للسيد عليه دين معاملة ، فأحال عليه ، بني على أنه لو عجز نفسه ، هل يسقط ذلك الدين ؟ إن قلنا : لا ، صحت ، وإلا ، فلا . قلت : الأصح : الصحة ، وبه قطع صاحب « الشامل » . والله أعلم

الثالثة : مال الجمالة . القياس أن يحجى في الحوالة به وعليه ، الخلاف المذكور في الرهن به ، وفي ضمانه . وقطع المتولي بجوازها به وعليه بعد العمل ، ومنبها قبله .

قلت : قطع الماوردي بالمنع مطلقاً . والله أعلم

قال المتولي : لو أحال من عليه الزكاة الساعي ، جاز إن قلنا : هي استيفاء . وإن قلنا : اعتياض ، فلا ، لامتناع أخذ الموضع عن الزكاة .
الضرب الثاني : الدين اللازم ، فتجوز الحوالة به وعليه ، سواء اتفق الدينان في سبب الوجوب ، أو اختلفا ، بأن كان أحدهما ثمناً ، والآخر أجرة ، أو قرضاً ، أو بدل متلف .

قلت : أطلق الامام الرافعي ، أن الدين لازم ، تصح الحوالة به وعليه ، واقتدى في ذلك بالغازلي ، وليس كذلك ، فإن دين السلم لازم ، ولا تصح الحوالة به. ولا عليه على الصحيح ، وبه قطع الأكثرون . وحكي وجه في « الحاوي » ، و« التتمة » ، وغيرهما : أنه يجوز بناءً على أنها استيفاء ، وسبقت هذه المسألة في باب حكم المبيع قبل القبض . فكان ينبغي أن يقول : الدين المستقر ، ليخرج هذا . والله أعلم

فرع

كل دين تجوز الحوالة به وعليه ، فسواء كان مثلياً كالأنثاء والحبوب ، أو متقوماً كالثياب والعبيد . وفي وجه : يشترط كونه مثلياً . ولا خلاف أنه يشترط العلم بقدر ما يحال به وعليه ، وبصفتها ، إلا إذا أحال بابل الدية أو عليها ، وصححنا الحوالة في المنقولات ^(١) ، فوجهان ، أو قولان ، بناءً على جواز المصالحة والاعتياض عنها . والأصح : المنع ، للجهل بصفتها .

الشرط الثالث : اتفاق الدينين ، فيشترط اتفاقهما جنساً ، وقدرًا ، وحلولاً ، وتأجيلاً ، وصحة ، وتكسراً ، وجودة ، ورداءة . وفي وجه : تجوز الحوالة بالقليل على الكثير ، وبالصحيح على المكسر ، وبالجديد على الرديء ، وبالمؤجل على الحال ، وبالأبعد أجلاً على الأقرب ، وكأنه تبرع بالزيادة . والصحيح : المنع . قال المتولي : ومعنى قولنا : هذه الحوالة غير صحيحة عند الاختلاف ، أن الحق لا يتحول من الدراهم إلى الدنانير مثلاً ، لكنها لو جرت فهي حوالة على من لا دين عليه وسبق حكمها .

فصل

الحوالة إذا جرت بشروطها ، برى المحيل من دين المحتال ، وتحول الحق إلى

(١) في مخطوطة الظاهرية : المتقومات .

ذمة الحال عليه ، ويرى الحال عليه من دين الهيل . حتى لو أقلس الحال عليه ومات ، أو لم يمت ، أو جحد وحلف ، لم يكن للمحتال الرجوع إلى الهيل ، كما لو أخذ عوضاً عن الدين ثم تلف في يده . فلو شرط في الحوالة الرجوع بتقدير الافلاس ، أو الجحد ، فهل تصح الحوالة والشرط ، أم الحوالة فقط ؟ أم لا يصحان ؟ فيه أوجه ، هذا إذا طرأ الافلاس . فلو كان مفلساً حال الحوالة ، فالصحيح المنصوص الذي عليه جمهور الأصحاب : أنه لا خيار للمحتال ، سواء شرط يساره ، أم أطلق . وفي وجه : يثبت خياره في الحالين ، وفي وجه : يثبت إن شرط فقط . واختار النزالي ، الثبوت مطلقاً ، وهو خلاف المذهب .

فرع

صالح مع أجنبي عن دين على عين (١) ، ثم جحد الأجنبي وحلف ، ففي عوده إلى من كان عليه الدين ، وجهان . قال القاضي حسين : نعم . وأبو عاصم : لا . قلت : الأصح : قول القاضي . والله أعلم

فرع

خرج الحال عليه عبداً . فإن كان لأجنبي ، وللمحيل دين في ذمته ، صححت الحوالة ، كما لو أحال على معسر ، ويتبعه المحتال بعد العتق . وهل له الرجوع على المحيل ؟ فيه خلاف مرتب على ما إذا بان معسراً ، وأولى بالرجوع . وإن كان عبداً للمحيل ، فإن كان له في ذمته دين ، بأن ثبت قبل ملكه ، وقلنا : لا يسقط ، فهو كما لو كان لأجنبي . وإن لم يكن له في ذمته دين ، فهي حوالة على من لا دين

(١) وفي هامش إحدى نسخ الظاهرية ما نصه : كذا في الأصل ، وبخط المؤلف على الحاشية ، هذه صورته : « دين » نسخة .

عليه . فان صححناها وجعلناها ضماناً ، فهو ضمان العبد عن سيده باذنه ، وسيأتي بيانه في كتاب الضمان إن شاء الله تعالى . ولا يخفى حكمه لو كان لأجنبي ولم يكن له حيل عليه دين .

فصل

إذا اشترى عبداً، وأحال البائع بالثمن على رجل، ثم علم بالعبد عيباً قديماً ، فرده باليب أو بالاقالة ، أو التحالف ، أو غيرها ، ففي بطلان الحوالة ، ثلاثة طرق . أحدها : البطلان . والثاني : لا . والثالث : على قولين . أظهرهما : البطلان ، وهما مبنيان على أنها استيفاء أم بيع ؟ إن قلنا : استيفاء ، بطلت ، وإلا ، فلا .

قلت : المذهب : البطلان ، وصححه في « المحرر » ، والله أعلم

وسواء كان الرد باليب بعد قبض المبيع ، أو قبله ، على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقيل : إنما الخلاف إذا كان بعده . فان رد قبله ، بطلت قطعاً ، لعدم تأكيدها . وسواء كان الرد بعد قبض المحتال مال الحوالة ، أم قبله على الأصح ، وهو اختيار الأكثرين . وقال العراقيون والشيخ أبو علي : إن كان بعده ، لم تبطل قطعاً ، وإنما الخلاف قبله . ولو أحال البائع رجلاً على المشتري بالثمن ، فقبل : فيه القولان ، والمذهب : أنها لا تبطل قطعاً ، وبه قطع الجمهور ، سواء قبض المحتال مال الحوالة من المشتري ، أم لا . والفرق ، أن هنا تعلق الحق بثالث ، فاذأ القولان مخصوصان بالصورة الأولى ، فنفرع عليها . فان لم نبطلها ، لم يطالب المشتري المحال عليه بحال ، بل يرجع على البائع فيطالبه إن كان قبض مال الحوالة ، ولا يتمين حقه في ما أخذ ، بل له إبداله . وإن لم يقبضه ، فله قبضه . وهل للمشتري الرجوع

عليه قبل قبضه لكون الحوالة كالمقبوض ، أم لا ، لعدم حقيقة القبض ؟ وجهان .
أصحهما : الثاني . فعلى هذا له مطالبة بتحصيل القبض ليرجع عليه . وفي وجه :
لا يملك مطالبة بالتحصيل أيضاً ، وهو شاذ ضعيف . وأما إذا أبطلنا الحوالة ، فإن كان قبض
من المحال عليه ، فليس له رده عليه ، لأن قبضه باذن المشتري . فلو رد ، لم يسقط عنه مطالبة
المشتري ، بل يلزمه الرد على المشتري ، ويتمين حقه فيما قبضه . فإن كان تالفاً ، لزمه بدله ،
وإن لم يكن قبضه ، فليس له قبضه ، لأنه عاد إلى ملك المشتري كما كان . فلو خالف وقبض ،
لم يقع عنه . وفي وقوعه عن المشتري ، وجهان . أحدهما : يقع ، لبقاء الاذن . وأصحهما :
لا ، لعدم الحوالة والوكالة ، ولأنه إنما يقبض لنفسه ، ولم يبق له حق ، بخلاف ما إذا
فسدت الشركة والوكالة ، فإن التصرف يصح ، لبقاء الاذن ، لكن التصرف يقع
للموكل . أما في صورة إحالة البائع على المشتري ، إذا قلنا بالمذهب : إنها لا تبطل ،
فإن كان المحتال قبض من المشتري ، رجع المشتري على البائع ، وإن لم يقبض ، فهل
للمشتري الرجوع في الحال ، أم لا يرجع إلا بعد القبض ؟ فيه الوجهان السابقان .

فرع

قال ابن الحداد : إذا أحالها بصداقها ، ثم طلقها قبل الدخول ، لم تبطل الحوالة ،
وللزوج مطالبتها بنصف مهر . قال من شرح كتابه : المسألة تترتب على ما إذا أحال
المشتري البائع . فإن لم تبطل هناك ، فمن أولى ، وإلا ففي بطلانها في نصف الصداق ،
وجهان . والفرق أن الطلاق سبب حادث ، لا يستند إلى ما تقدم ، بخلاف الفسخ ،
ولأن الصداق أثبت من غيره . ولو أحالها ثم أنفسخ النكاح بردها ، أو بفسخ
أحدهما بسبب ، لم تبطل الحوالة على الأصح أيضاً ، ويرجع الزوج عليها في صورة

الطلاق بنصف الصداق ، وبجميعه في الردة والفسخ . وإذا قلنا بالبطلان ، فليس له مطالبة المحال عليه ، ويطالب الزوج بالنصف في الطلاق .

فرع

باع عبداً وأحال بضمنه على المشتري ، ثم تصادق المتبايعان على أنه حر الأصل . فإن وافقها المحتال ، أو قامت بينة بحريةه ، بطلت الحوالة ، لبطلان البيع ، فيرد المحتال ما أخذه على المشتري ، ويبقى حقه كما كان ، وهذه البينة يقيمها العبد ، أو يشهدون حسيبة . ولا يتصور أن يقيمها المتبايعان ، لأنها كذباها بدخولها في البيع . وإن كذبها المحتال ، ولا بينة ، فلها تحليفه على نفي العلم ، فإذا حلف ، بقيت الحوالة في حقه ، وله أخذ المال من المشتري . وهل يرجع المشتري على البائع لأنه قضى دينه بأذنه ؟ أم لا ، لأنه يقول : ظلمي المحتال بما أخذ ، والمظلوم لا يطالب غير ظالمه ؟ قال في التهذيب ، بالثاني . وقال الشيخ أبو حامد ، وابن كجب ، وأبو علي بالأول . فملى هذا ، يرجع إذا دفع المال إلى المحتال . وفي رجوعه قبله ، الوجهان السابقان . وإن نكل المحتال ، حلف المشتري . ثم إن جعلنا اليمين المردودة كالإقرار ، بطلت الحوالة . وإن جعلناها كاليمين ، فهو كما لو حلف ، لأنه ليس للمشتري إقامة البينة . ثم ما ذكرناه في إقرار المحتال وقيام البينة ، من بطلان الحوالة ، مفروض فيما إذا وقع التعرض ، لكون الحوالة بالثمن . فإن لم تقع ، وزعم البائع أن الحوالة عليه بدين آخر له على المشتري . فإن أنكر المشتري أصل الدين ، فالقول قوله مع يمينه . وإن صدقه وأنكر الحوالة به ، فإن لم نعتبر رضى المحال عليه ، فلا عبرة بانكاره . وإن اعتبرناه ، فهل القول قول مدعي صحة الحوالة ، أو فسادها ؟ فيه الخلاف في نظائرها .

فصل

إذا كان لزيد عليك مائة ، ولك على عمرو مائة ، فوجد زيد منك ما يجوز له قبض مالك على عمرو ، فله صورتان .

إحداها : أن تقول لزيد : وكلتك لتقبضه لي ، وقال : بل أحلتي عليه ، فينظر ، إن اختلفتما في أصل اللفظ ، فزعمت الوكالة بلفظها ، وزعم زيد الحوالة بلفظها ، فالقول قولك مع يمينك عملاً بالأصل . وإن اتفقتما على حريان لفظ الحوالة ، وزعمت أنك أردت به تسليطه بالوكالة ، فوجهان . أصحابهما : القول قولك ، وبه قال أكثر الأصحاب . وقال ابن سريج : القول قول زيد مع يمينه . وقطع به القاضي حسين . قال الأئمة : وموضع الوجهين أن يكون اللفظ الحاري بينكما : أحلتك بمائة على عمرو . فأما إذا قلت بالمائة التي لك عليّ على عمرو ، فهذا لا يحتمل إلا حقيقة الحوالة ، فالقول قول زيد قطعاً . فإن قلنا : القول قول زيد ، فيحلف ، ثبتت الحوالة وبرئت . وإن قلنا : القول قولك في الصورة الأولى أو الثانية على الأصح ، فحلقت ، نظر ، هل قبض زيد من عمرو ، أم لا ؟ فإن قبض ، برئت ذمة عمرو ، لدفعه إلى وكيل أو محتل . وفي وجه : لا يبرأ في صورة اتفاقكما على لفظ الحوالة . والصحيح : الأول . ثم ينظر ، فإن كان المقبوض باقياً ، لزمه تسليمه إليك . وهل له مطالبتك بحقه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لاعترافه ببراءتك بدعوى الحوالة . وأصحابها : نعم ، لأنه إن كان وكيلاً ، فظاهر . وإن كان محتالاً ، فقد استرجعت منه ظمناً ، فلا يضيع حقه . والوجهان ، في الرجوع ظاهراً . فأما بينه وبين الله تعالى ، فانه إذا لم يصل إلى حقه عندك ، فله إمساك المأخوذ ، لأنه ظفر بجنس حقه من مالك وأنت ظالمه . وإن كان المقبوض تالفاً ، فقد قطع الآخرون ، بأنه لا يضمن إذا لم

يمكن التلف بتفريط ، لأنه وكيل في زعمك ، والوكيل أمين ، وليس له مطالبتك ، لأنه استوفى بزمعه . وقال في « التهذيب » : يضمن ، لأنه ثبتت وكالته . والوكيل ، إذا أخذ المال لنفسه ، ضمن . أما إذا لم يقبض زيد من عمرو ، فليس له القبض بعد حلفك ، لأن الحوالة اندفعت وصار معزولاً عن الوكالة بانكاره ، ولك مطالبة عمرو بحقه . وهل لزيد مطالبتك بحقه ؟ فيه الوجهان فيما إذا قبض وسلم إليك ، قال صاحب « البيان » : ينبغي أن لا يطالبك هنا قطعاً ، لاعترافه بأن حقه على عمرو ، وأن ما قبضته أنت من عمرو ، ليس حقاً له ، بخلاف ما إذا قبض ، فإن حقه تمين في المقبوض ، فإذا أخذه ، أخذت ماله .

الصورة الثانية : أن تقول لزيد : أحلتك على عمرو ، فيقول : بل وكلتي قبض ما عليه ، وحقى باقى . ويظهر تصوير هذا الخلاف عند إفلاس عمرو . فينظر ، إن اختلفتما في أصل اللفظ ، فالقول قول زيد مع يمينه . وإن اتفقتما على لفظ الحوالة ، جرى الوجهان السابقان في الصورة الأولى على عكس ما سبق . فعلى قول ابن سريج ، القول قولك مع اليمين ، وعلى قول الأكثرين ، القول قول زيد مع يمينه . فإن قلنا : قولك ، فحلفت ، برئت من دين زيد ، ولزيد مطالبة عمرو ، إما بالوكالة ، وإما بالحوالة ، وما يأخذه يكون له ، لأنك تقول : إنه حقه ، وعلى زعمه هو لك ، وحقه عليك ، فأخذه بحقه . وحيث قلنا : القول قول زيد ، فحلفت ، فإن لم يكن قبض المال من عمرو ، فليس له قبضه ، لأن قولك : ما وكلتك ، يتضمن عزله إن كان وكيلاً ، وله مطالبتك بحقه . وهل لك الرجوع إلى عمرو ؟ وجهان . لأنك اعترفت بتحول ما عليه إلى زيد . ووجه الرجوع وهو اختيار ابن كج ، أن زيداً إن كان وكيلاً فلم يقبض ، فبقي حقه . وإن كان محالاً ، فقد ظلمك بأخذه

منك ، وما على عمرو حقه ، فلك أخذه عوضاً عما ظلمك به . وإن قبض المال من عمرو ، فقد برئت ذمة عمرو . ثم إن كان المقبوض بائياً ، فقد حكى الغزالي وجهين . أحدهما : يطالبك بحقه ، ويرد المقبوض عليك . والثاني وهو الصحيح : أنه يملكه الآن وإن لم يملكه عند القبض ، لأنه من جنس حقه ، وصاحبه يزعم أنه ملكه . ويشبه أن لا يكون فيه خلاف محقق ، بل له أن يردّه ويطالب ببديل حقه ، وله أن يأخذه بحقه . وإن تلف بتفريط ، فلك عليه الضمان ، وله عليك حقه . وربما يقع التقاص . وإن لم يكن منه تفريط ، فلا ضمان ، لأنه وكيل أمين . وفي وجه ضعيف : يضمن ، لأن الأصل فيما يتلف في يد الإنسان من ملك غيره ، الضمان ، ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة ليقى حقه ، تصديقه في إثبات الوكالة ، ليسقط عنه الضمان .

فصل

في مسائل منشورة

الأولى : لو أحلت زيداً على عمرو ، ثم أحال عمرو زيداً على بكر ، ثم أحاله بكر على آخر ، جاز ، وقد تعدد المحال عليهم دون المحتال . ولو أحلت زيداً على عمرو ، ثم أحال زيد بكراً على عمرو ، ثم أحال بكر آخر على عمرو ، جاز التعدد هنا في المحتالين دون المحال عليه . ولو أحلت زيداً على عمرو ، ثم ثبت لعمرو عليك مثل ذلك الدين ، فأحال زيداً عليك ، جاز .

الثانية : لك على رجلين مائة ، على كل واحد خمسون ، وكل واحد ضامن عن صاحبه ، فأحالك أحدهما بالمائة على إنسان ، برئاً جميعاً . وإن أحلت على أحدهما بالمائة ، برئ الثاني ، لأن الحوالة كالقبض . وإن أحلت عليهما على أن يأخذ المحتال من كل واحد خمسين ، جاز ، ويبرأ كل واحد عما ضمن . وإن أحلت عليهما

على أن يأخذ المائة من أيها شاء ، فمن ابن سريج : في صحته وجهان . وجه
المنع : أنه لم يكن له إلا مطالبة واحد ، فلا يستفيد بالحوالة زيادة صفة .
الثالثة : لك على رجل مال، فطالبته ، فقال : أحلت فلاناً علي وفلان غائب،
فأنكرت ، فالقول قولك مع يمينك . فلو أقام بينة ، سمعت وسقطت مطالبتك له .
وهل تثبت به الحوالة في حق الغائب حتى لا يحتاج إلى إقامة بينة إذا قدم؟ وجهان.
[قلت : (١)]



كتاب الضمان

هو صحيح بالاجماع ، وفيه بابان .

الاول : في أركانه ، وهي خمسة .

الاول : المضمون عنه ، ولا يشترط رضاه بالاتفاق ، لأن قضاء دينه بغير إذنه جائز ، فضمانه أولى ، وكما يصح الضمان عن الميت اتفاقاً سواء خلف وفاءً ، أم لا . ولا يشترط معرفة المضمون عنه على الأصح .

قلت : وسواء كان المضمون عنه حراً ، أم عبداً ، أم معسراً . والله أعلم

الركن الثاني : المضمون له ، ويشترط معرفته على الأصح . وعلى هذا لا يشترط رضاه على الأصح وقول الأكثرين ، فإن شرطناه ، لم يشترط قبوله لفظاً على الأصح ، فإن شرطناه ، فليكن بينه وبين الضمان ما يبين الإيجاب والقبول في سائر العقود . وإن لم نشترطه ، جاز أن يتقدم الرضى على الضمان . فإن تأخر عنه ، فهو إجازة إن جوزنا وقف العقود ، قاله الامام ، وفرع على قولنا : لا يشترط رضاه ، فقال : إذا ضمن بغير رضاه ، نظر ، إن ضمن بغير إذن المضمون عنه ، فالضمون له بالخيار ، إن شاء طالب الضامن ، وإن شاء تركه . وإن ضمن باذنه ، فحيث قلنا : يرجع الضامن على المضمون عنه ، يجبر المضمون له على قبوله ، لأن ما يؤديه في حكم ملك المضمون عنه . وإن قلنا : لا يرجع ، فهو كما لو قال لغيره : أدّيني ولم يشترط الرجوع ، وقلنا : لا يرجع . وهل لمستحق الدين والحالة هذه أن يمتنع من القبول ؟ وجهان بناءً على أن المؤدى يقع فداءً ، أم موهوباً لمن عليه الدين ؟ إن قلنا بالثاني ، لم يكن له الامتناع ، وهو الأشهر ، فحصل في معرفة المضمون عنه ،

وله أوجه . أصحابها : يشترط معرفة المضمون له فقط . والثاني : يشترط معرفتهما .
والثالث : لا . ورابع حكاه الامام : يشترط معرفة المضمون عنه فقط ، وهو
غريب ضعيف .

قلت : وإذا شرطنا قبول المضمون له ، فللضامن الرجوع عن الضمان قبل قبوله ،
قاله في « الحاوي » ، لأنه لم يتم الضمان ، فأشبهه البيهقي . والله أعلم

الركن الثالث : الضامن . وشرطه : صحة العبارة ، وأهلية التبرع .
أما صحة العبارة ، فيخرج عنه الصغير ، والمجنون ، والمبرم الذي يهذي ، فلا يصح ضمانهم .
ولو ضمن إنسان ثم قال : كنت صبياً يوم الضمان ، وكان محتملاً ، قبل قوله مع يمينه .
وكذا لو قال : كنت مجنوناً وقد عرف له جنون سابق ، أو أقام به بينة ، وإلا
فالقول قول المضمون له مع يمينه . وفي ضمان السكران ، الخلاف المذكور في تصرفاته .
قلت : هذا في السكران بمعية . فأما السكران بمباح ، فكل مجنون . والله أعلم

وأما الأخرس ، فإن لم يكن له إشارة مفهومة ، ولا كتابة ، لم نعرف أنه
ضمن حتى تصحح أو تبطل ، وإن كانت له إشارة مفهومة ، صح ضمانه بها كبيعته
وسائر تصرفاته . وفي وجه : لا يصح ضمانه ، إذ لا ضرورة إليه ، بخلاف سائر
التصرفات . ولو ضمن بالكتابة ، فوجهان ، سواء أحسن الإشارة ، أم لا . أصحابها :
الصحة ، وذلك عند القرينة الشعرة ، ويجري الوجهان في الناطق وفي سائر التصرفات .
وأما أهلية التبرع ، فلا يصح ضمان المحجور عليه لسفه وإن أذن الولي ، لأنه تبرع ،
وتبرعه لا يصح بإذن الولي . كذا قال الامام ، والغزالي : إن الضمان تبرع ، وإنما يظهر هذا
حيث لا رجوع . وأما حيث ثبت الرجوع ، فهو قرض محض . ويدل عليه نص الشافعي رضي

الله عنه : أنه لو ضمن في مرض موته بغير إذن المضمون عنه ، حسب من ثلته . وإن ضمن بأذنه ، فمن رأس المال ، لأن للورثة الرجوع على الأصيل ، وهو وإن لم يكن تبرعاً ، فلا يصح من السفه كالبيع وسائر التصرفات المالية . فإن أذن فيه الولي ، فليكن كما لو كان في البيع .

قلت : الذي قاله الامام ، هو الصواب . وقد صرح الأصحاب بأنه لا يصح ضمانه من غير فرق بين الاذن وعدمه . وقول الرافعي : إنه ليس تبرعاً ، فاسد ، فإنه لو سلم أنه كالقرض ، كان القرض تبرعاً . وقوله : إذا أذن الولي ، كان كالبيع ، يعني فيجري فيه الوجهان ، فاسد أيضاً ، فإن البيع ، إنما صح على وجه ، لأنه لا يأذن إلا فيما فيه ربح أو مصلحة ، والضمان غرر كله بلا مصلحة . وأما ضمان المريض ، فقال صاحب « الحاوي » : هو معتبر من الثلث ، لأنه تبرع . فإن كان عليه دين مستغرق ، فالضمان باطل . وإن خرج بعضه من الثلث ، صح فيه . فلو ضمن في مرضه ، ثم أقر بدين مستغرق ، قدم الدين ولا يؤثر تأخر الاقرار به . والله أعلم

وأما المحجور عليه لفلس ، فضمانه كشرائه .

فرع

ضمان المرأة صحيح ، مزوجة كانت أو غيرها ، ولا حاجة إلى إذن الزوج كسائر تصرفاتها .

فرع

في ضمان العبد بغير إذن سيده مأذوناً كان أو غيره ، وجهان : أحدهما : صحيح

يتبع به إذا عتق، إذ لا ضرر على سيده، كما لو أقر بالتلاف مال وكذبه السيد. وأصحابها: لا يصح. وإن ضمن باذن سيده، صح. ثم إن قال: اقضه بما تكسبه، أو قال للمأذون: اقضه مما في يدك، قضى منه. وإن عين مالاً وأمر بالقضاء منه، فكذلك. وإن اقتصر على الاذن في الضمان، فإن لم يكن مأذوناً، ففيه أوجه، أصحابها: يتعلق بما يكسبه بعد الاذن كالمرء. والثاني: يكون في ذمته إلى أن يمتنع لأنه أذن في الالتزام دون الأداء. والثالث يتعلق برقبته. وإن كان مأذوناً له في التجارة، فهل يتعلق بذمته أم بما يكسبه بعد؟ أم به وبما في يده من الربح الحاصل؟ أم بهما وبرأس المال؟ فيه أوجه، أصحابها: آخرها. وحيث قلنا: يؤدي مما في يده، فلو كان عليه ديون، ففيه أوجه عن ابن سريج، أحدها: يشارك المضمون له الغرماء، كسائر الديون. والثاني: لا يتعلق الضمان بما في يده أصلاً، لأنه كالمرهون بحقوق الغرماء. والثالث: يتعلق بما فضل عن حقوقهم رعاية للجانبين.

قلت: أصحابها: الثالث. والله أعلم

وهذا إذا لم يحجر القاضي عليه. فإن حجر باستدعاء الغرماء، لم يتعلق الضمان بما في يده قطعاً. وأم الولد والمدير، كالقن في الضمان، وكذا من بعثه حر إن لم يكن بينه وبين سيده مهايأة، أو كانت ضمن في نوبة السيد. فإن ضمن في نوبته، صح قطعاً. ويجوز إن ضمن في نوبته، أن يخرج على الخلاف في المؤن والاكتساب النادرة، هل تدخل في المهايأة؟ والمكاتب بلا إذن، كالقن، وبالأذن، قالوا: هو على القولين في تبرعته.

فرع

ضمن عبد بأذن سيده ، وأدى في حال رقه ، فحق الرجوع لسيده . وإن أدى بعد عتقه ، فالرجوع للعبد على الأصح . ولو ضمن العبد لسيده عن أجنبي ، لم يصح لأنه يؤدي من كسبه وهو لسيده ، ولو ضمن لأجنبي عن سيده ، فإن لم يأذن السيد ، فهو كما لو ضمن عن أجنبي . وإن أذن ، صح . ثم إن أدى قبل عتقه ، فلا رجوع ، وبعبءه ، وجهان بناءً على ما لو أجره ثم أعتقه في المدة ، هل يرجع بأجرة المثل لما بقي ؟

قلت : لو ثبت على عبد دين بالمعاملة فضمنه سيده ، صح كالأجنبي . ولو ضمن السيد لعبد ديناً على أجنبي ، فإن لم يكن على العبد دين من التجارة ، فالضمان باطل . وإلا فوجهان ، قاله في « الحاوي » . والله أعلم

الركن الرابع : الحق المضمون ، وشرطه ثلاث صفات : كونه ثابتاً ، لازماً ، معلوماً .
الصفة الأولى : اثبوت ، وفيها مسائل .

إحداها : إذا ضمن ما لم يجب ، وسيجب بقرض أو بيع ، وشبهها ، فطريقان . أحدهما : القطع بالبطلان ، لأنها وثيقة ، فلا تسبق وجوب الحق كالشهادة . وأشهرهما : على قولين . الجديد ، البطلان . والقديم ، الصحة ، لأن الحاجة قد تدعو إليه . ونقل الامام ، فروعاً على القديم . أحدها : إذا قال ضمنت لك ثمن ما تبيع فلاناً ، فباع شيئاً بعد شيء ، كان ضامناً للجميع ، لأن « ما » من أدوات الشرط ، فتقتضي التعميم ، بخلاف ما إذا قال : إذا بعت فلاناً ، فأنا ضامن ، لا يكون ضامناً إلا ثمن ما باعه أولاً ، لأن « إذا » ليست من أدوات الشرط . الثاني : إن شرطنا معرفة المضمون له عند ثبوت الدين ، فهنا أولى . وإلا ، فوجهان . وكذا معرفة المضمون

عنه . الثالث : لا يطالب الضامن ما لم يجب الدين على الأصيل ، وليس له الرجوع بعد لزومه . وأما قبله ، فعن ابن سريج ، أن له الرجوع . وقال غيره : لا ، لأن وضعه على الزوم . وأما إذا قلنا بالجديد ، فقال : أقرض فلاناً كذا وعلي ضمانه ، فأقرضه ، فالصحيح ، أنه لا يجوز ، وجوزه ابن سريج .

المسألة الثانية : ضمان نفقة المدة الماضية للزوجة ، صحيح سواء كانت نفقة الموسرين أو العسرين . وكذا ضمان الأئمة ، ونفقة الخادم ، ومائر المؤن . ولو ضمن نفقة اليوم ، فكذلك ، لأنها تجب بطلوع الفجر . وفي ضمان نفقة الغد والشهر المستقبل ، قولان بناءً على أن النفقة تجب بالمقدّم أم بالتمكين ؟ إن قلنا بالأول وهو القديم ، صح ، وإن قلنا بالثاني ، وهو الجديد الأظهر ، فلا ، هكذا نقله عامة الأصحاب . وأشار الامام إلى أنه على قولين مع قولنا : ضمان ما لم يجب باطل ، لأن سبب وجوب النفقة ناجز وهو النكاح . فإن جوزنا ضمن نفقة المستقبل ، فله شرطان . أحدهما : أن يقدر مدة . فإن أطلق ، لم يصح فيما بعد الغد ، وفيه وجهان كما لو قال أجرتك كل شهر بدرهم ، هل يصح في الشهر الأول ؟

الشرط الثاني : أن يكون المضمون نفقة المعسر ، وإن كان المضمون عنه موسراً لأنه ربما أعسر . وفي التهمة ، وجه ، أنه يجوز ضمان نفقة الموسر والمتوسط ، لأن الظاهر استمرار حاله .

فرع

لا يجوز ضمان نفقة القريب لمدة مستقبلية . وفي نفقة يومه وجهان ، لأن سبيلها سبيل البر والصلة . ولهذا ، تسقط بمضي الزمان وبضيافة الغير .

المسألة الثالثة : باع شيئاً فخرج مستحقاً ، لزمه رد الثمن ، ولا حاجة فيه إلى

شرط والتزام . قال القفال : ومن الحماقة اشتراط ذلك في القَبالات . وإن ضمن عنه ضامن ليرجع المشتري عليه بالثمن لو خرج المبيع مستحقاً ، فهذا ضمان المهددة ، ويسمى ضمان الدرك . أما ضمان المهددة ، فقال في « التتمة » ، إنَّما سمي به لالتزامه ما في عهدة البائع رده ، والدرك لالتزامه الغرم عند إدراك المستحق عين ماله . وفي صحة هذا الضمان ، طريقان . أحدهما : يصح قطعاً . وأصحهما : على قولين . أظهرهما : الصحة للحاجة إليه . والثاني : البطالان . فإن صححنا ، فذلك إذا ضمن بعد قبض الثمن . فأما قبله ، فوجهان . أصحهما . المنع لأنه إنَّما يضمن ما دخل في ضمان البائع ولا يوجد ذلك قبل القبض . والثاني : الصحة لأنه قد تدعو إليه حاجة بأن لا يسلم الثمن إلا بعده .

فرع

كما يصح ضمان المهددة للمشتري ، يصح ضمان نقص الصنعة للبائع بأن جاء المشتري بصنعة ووزن بها الثمن ، فاتهمه البائع فيها ، فضمن ضامن نقصها إن نقصت . وكذا ضمان ردائة الثمن إذا شك البائع ، هل المقبوض من النوع الذي يستحقه ؟ فإذا خرج ناقصاً ، أو رديئاً ، طالب البائع الضامن بالنقص وبالنوع المستحق إذا رد المقبوض على المشتري . ولو اختلف البائع والمشتري في نقص الصنعة ، صدق البائع بيمينه . فإذا حلف ، طالب المشتري بالنقص ولا يطالب الضامن على الأصح ، لأن الأصل براءته . ولو اختلف البائع والضامن في نقصها ، فالمدق الضامن على الأصح ، لأن الأصل براءته بخلاف المشتري ، فإن ذمته كانت مشغولة .

فرع

لو ضمن عهدة الثمن ، إن خرج المبيع معيباً ورده ، أو بان فساد البيع بغير

الاستحقاق كفوات^(١) شرط معتبر في البيع ، أو اقتران شرط مفسد ، فوجهان .
أصحها : الصحة . وهو الذي ذكره المراقبون للحاجة . والثاني : المنع لندور الحاجة ،
ولأنه في الميب ضمان مالم يجب . فان قلنا يصح إذا ضمن صريحاً ، فحكى الامام
والنزالي وجهين في اندراجهم تحت مطلق ضمان المدة .

فرع

في مسائل تتعلق بضمان الدرك

إحداها : من ألفاظ هذا الضمان ، أن يقول للمشتري : ضمننت لك عهدي ، أو
دركه ، أو خلاصك منه . ولو قال : ضمننت لك خلاص المبيع ، لم يصح لأنه
لا يستقل بتخليصه إذا استحق . ولو ضمن عهدة ائتمن وخلاص المبيع معاً ، لم
يصح ضمان الخلاص . وفي العهدة قولاً الصفقة . ولو شرط في البيع كفيلاً بخلاص
المبيع ، بطل ، بخلاف ما لو شرط كفيلاً بالئمن .

الثانية : يشترط أن يكون قدر ائتمن معلوماً للضامن . فان لم يكن ، فهو كما
لو لم يكن قدر ائتمن في المراجعة معلوماً .

الثالثة : يجوز ضمان المسلم فيه للمسلم إليه لو خرج رأس المال مستحقاً بعد تسليم
المسلم فيه ، ولا يجوز قبله على الأصح . ولا يجوز ضمان رأس المال للمسلم لو خرج
المسلم فيه مستحقاً ، لأن المسلم فيه في الذمة ، والاستحقاق لا يتصور فيه ، وإنما
يتصور في القبض ، وحينئذ يطالبه المسلم بمثله لا برأس المال .

الرابعة : إذا ظهر الاستحقاق ، فالمشتري يطالب من شاء من البائع والضامن .
ولا فرق في الاستحقاق بين أن يخرج مستحقاً أو كان شقصاً ثبت فيه شفعة يبيع
سابق ، فأخذه الشفيع بذلك البيع . ولو بان فساد البيع بشرط أو غيره ، ففي

(١) في نسخة : لفوات .

مطالبته الضامن ، وجهان . أحدهما : نعم كالأستحقاق . والثاني : لا للاستثناء عنه . بإمكان حبس المبيع حتى يسترد الثمن . ولو خرج المبيع مبيعاً فردّه المشتري ، ففي مطالبته الضامن بالثمن ، وجهان ، وأولى بأن لا يطالب ، لأن الرد هنا بسبب حادث وهو مختار فيه ، فأشبهه الفسخ بخيار شرط أو مجلس أو تقايل ، هذا إذا كان العيب مقروناً بالعقد . أما إذا حدث في يد البائع بعد العقد ، ففي « التهمة » أنه لا يطالب الضامن بالثمن وجهاً واحداً ، لأنه لم يكن سبب رد الثمن مقروناً بالعقد ، ولم يكن من البائع تفریط فيه . وفي العيب الموجود عند العقد ، سبب الرد موجود عند العقد ، والبائع مفرط بالاختفاء ، فالتحق بالأستحقاق على رأي .

قلت : أصح الوجهين الأولين ، لا يطالب . ولو خرج المبيع مبيعاً وقد حدث عند المشتري عيب ، ففي رجوعه بالأرض على الضامن ، الوجهان . والله أعلم

ولو تلف المبيع قبل القبض بعد قبض الثمن ، وانفسخ العقد ، هل يطالب الضامن بالثمن ؟ إن قلنا ينفسخ من أصله ، فهو كظهور الفساد بغير الاستحقاق . وإن قلنا : من حينه ، فكالد بالعيب . ولو خرج بمض المبيع مستحقاً ، ففي صحة البيع في الباقي قولاً الصفة ، وإن قلنا : يصح وأجاز المشتري ، فإن قلنا : يميز بجميع الثمن ، لم يطالب الضامن بشيء . وإن قلنا : بالقسط ، طالبه بقسط المستحق من الثمن . وإن فسح ، طالبه بالقسط ، ومطالبته بحصة الباقي من الثمن ، كمطالبته عند الفسخ بالعيب . وإن قلنا : لا يصح ، ففي مطالبته بالثمن طريقان . أحدهما : أنه كما لو بان فساد العقد بشرط ونحوه ، والثاني : القطع بتوجه المطالبة لاستناد الفساد إلى الاستحقاق ، هذا كله إذا كانت صيغة الضمان كما ذكرنا في المسألة الأولى . أما إذا عين جهة الاستحقاق ، فقال : ضمنت لك الثمن متى خرج المبيع مستحقاً ، فلا

يطالب بجهة أخرى . وكذا لو عين جهة غير المستحق ، لم يطالب عند الاستحقاق .
الخامسة : اشترى أرضاً وبني فيها ، أو غرس ثم خرجت مستحقة ، فقامع
المستحق البناء والفراس ، فهل يجب ارش النقص على البائع وهو ما بين قيمته قائماً
ومقلوعاً؟ وجهان . الأصح المنصوص ، وجوبه . فعلى هذا ، لو ضمنه ضامن ، نظر
إن كان قبل ظهور الاستحقاق ، أو بعده وقبل القلع ، لم يصحح . وإن كان
بعدهما ، صحح إن كان قدره معلوماً . ولو ضمن رجل عهدة الأرض وارش نقص
البناء والفراس في عقد واحد ، لم يصحح في الارش ، وفي العهدة قولاً الصفقة .
ولو كان المبيع بشرط أن يعطيه كفيلاً بهما ، فهو كما لو شرط في البيع رهناً فاسداً .
وقال جماعة من الأصحاب : ضمان نقص البناء والفراس ، كما لا يصح من غير
البائع ، لا يصح من البائع ، وهذا إن أريد به أنه لغو . كما لو ضمن العهدة
لوجوب الارش عليه من غير التزام ، فهو جار على ظاهر المذهب . وإلا ، فهو
ذهاب منهم إلى أنه لا ارش عليه .

الصفة الثانية : اللزوم .

والديون الثابتة ، ضربان .

أحدهما : مالا يصير إلى اللزوم بحال ، وهو نجوم الكتابة ، فلا يصح ضمانها
على الصحيح . ولو ضمن رجل عن المكاتب غير النجوم ، فإن ضمن لأجنبي ، صح .
وإذا غرم ، رجع على المكاتب إن ضمنه باذنه . وإن ضمنه لسيده ، بني على أن ذلك
الدين ، هل يسقط بمجزئه؟ وفيه وجهان . إن قلنا : نعم وهو الأصح ، لم يصح
كضمان النجوم .

الضرب الثاني : ماله مصير إلى اللزوم . فإن كان لازماً في حال الضمان ، صح
ضمانه سواء كان مستقراً أم لا كالمهر قبل الدخول ، والتمن قبل قبض المبيع ،

ولا نظر إلى احتمال سقوطه ، كما لا نظر إلى احتمال سقوط المستقر بالبراء ، والرد باليب وشبهها . وإن لم يكن لازماً حال الضمان ، فهو نوعان .

أحدهما : الأصل في وضع الزوم ، كائناً في مدة الخيار ، وفي ضمانه وجهان .
أصحها : الصحة . قال في « التمه » ، هذا الخلاف ، إذا كان الخيار للمشتري أو لهما .
أما إذا كان للبائع ، فقط ، فيصح قطعاً لأن الدين لازم في حق من عليه . وأشار
الامام إلى أن تصحيح الضمان ، مفرغ على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن
إلى البائع . أما إذا منعه ، فهو ضمان مالم يجب .

النوع الثاني : ما الأصل في وضع الجواز ، كالجمل في الجمالة ، وفيه وجهان
كما سبق في الرهن به ، وموضع الوجهين بعد الشروع في العمل وقبل تمامه ، كما
سبق هناك . وضمان مال السابقة ، إن جعلناهما إجارة ، صح ، وإلا فكالجمل .
الصفة الثالثة : العلم ، وفيه صور .

أحدها : ضمان المجهول ، فيه طريقتان ، كضمان مالم يجب . فإن صححناه ، فشرطه
أن يمكن الإحاطة به ، بأن يقول : أنا ضامن ثمن ما بعتك فلاناً ، وهو جاهل به ،
لأن معرفته متيسرة . أما إذا قال : ضمنت لك شيئاً مما لك على فلان ، فباطل قطعاً .
والقولان في صحة ضمان المجهول يجريان في صحة الإبراء عنه . وذكرنا للخلاف في
الإبراء مأخذين . أحدهما : الخلاف في صحة شرط البراءة عن الميوب ، فإن الميوب
المجهول الأنواع والاقدار . والثاني : أن الإبراء هل هو إسقاط كالأعتاق ؟ أم تخليص
الديون ما في ذمته ، ثم إذا ملكه سقط ؟ وفيه رأيان . إن قلنا : إسقاط ، صح
الإبراء عن المجهول . وإلا ، فلا ، وهو الأطهر . ويخرج على هذا الأصل مسائل .
منها : لو عرف المبرء قدر الدين ولم يعرفه المبرأ . إن قلنا : إسقاط ، صح ،
وإلا فيشترط علمه كالتهب . ومنها : لو كان له دين على هذا ، ودين على هذا ،
فقال : أبرأت أحدهما . إن قلنا إسقاط ، صح ، وأخذ بالبيان . وإلا فلا ، كما لو كان

له في يد كل واحد عبد ، فقال : ملكت أحداً العبد الذي في يده . ومنها : لو كان لأبيه دين على رجل ، فأبرأه منه وهو لا يعلم موت الأب ، إن قلنا : إسقاط صح ، كما لو قال لعبد أبيه : أعتقتك ، وهو لا يعلم موت الأب . إن قلنا : تملك ، فهو على الخلاف فيما لو باع مال أبيه على ظن أنه حي ، فبان ميتاً . ومنها : أنه لا يحتاج إلى القبول إن جعلناه إسقاطاً ، وإن جعلناه تملكاً ، لم يحتاج إليه على الصحيح المنصوص . فان اعتبرنا القبول ، ارتد بالرد ، وإلا ، فوجهان .

قلت : أصحها : لا يرتد . والله أعلم

وهذه المسائل ، ذكرها في « النعمة » مع أخوات لها . واحتج للتمليك بأنه لو قال المديون : ملكتك ما في ذمتك ، صح وبرئت ذمته من غير نية وقرينة ، ولولا أنه تملك ، لافتقر إلى نية أو قرينة ، كما إذا قال لعبد : ملكتك وذمتك ، أو لزوجته : ملكتك نفسك ، فانه يحتاج إلى النية .

فرع

لو اغتابه فقال اغتبتك ، فاجعلني في حل ففعل ، وهو لا يدري ما اغتابه به ، فوجهان . أحدهما : يبرأ لأنه إسقاط محض ، كمن قطع عضواً من عبد ثم عفا سيده عن القصاص ، وهو لا يعلم عين المقتطوع ، فانه يصح . والثاني : لا لأن المقصود رضاه ، ولا يمكن الرضى بالمجهول ، وبخالف القصاص ، فانه مبني على التقلب والسراية بخلاف إسقاط المظالم .

[قلت : أصحها (١)]

الصورة الثانية : ضمان أروش الجنايات ، صحيح إن كان دراهم أو دنانير . وفي ضمان إبل الدية ، إذا لم نجوز ضمان المجهول ، وجهان . ويقال : قولان . أصحها :

(١) الزيادة من إحدى نسخ الظاهرية ، وعلى هامشها : كذا يرض المؤلف .

الصحة . وقيل : يصح قطعاً كما يصح الإبراء عنها . وإذا دفع الحيوان وكان الضمان يقتضي الرجوع ، فهل يرجع بالحيوان ؟ أم بالقيمة ؟ قال الامام : لا يبعد أن يجري فيه الخلاف المذكور في إقراض الحيوان . ولا يجوز ضمان الدية عن العاقلة قبل تمام السنة ، لأنها غير ثابتة بعد .

الصورة الثالثة : إذا منعنا ضمان المجهول ، فقال : ضمنت بمالك على فلان من درهم إلى عشرة ، فوجهان . وقيل : قولان . أصحها الصحة لانتفاء الغرر ، فعلى هذا ، يلزمه عشرة على الأصح . وقيل : ثمانية . وقيل : تسعة .

قلت : الأصح : تسعة ، وسنوضحه في الإقرار إن شاء الله تعالى . والله أعلم

وإن قال ضمنت لك ما بين درهم وعشرة ، فإن عرف أن دينه لا ينقص عن عشرة ، صح وكان ضامناً ثمانية . وإلا ، ففي صحته في الثمانية القولان ، أو الوجهان . ولو قال ضمنت لك الدراهم التي لك على فلان ، وهو لا يعرف مبلغها ، فهل يصح الضمان في ثلاثة لدخولها في اللفظ على كل حال ؟ وجهان . كما لو أجر كل شهر بدرهم ، فهل يصح في الشهر الأول ، وهذه المسائل بعينها جارية في الإبراء .

فرع

يصح ضمان الزكاة عن من عليه على الصحيح . وقيل : لا لأنها حق لله تعالى ككفالة بدن الشاهد لأداء الشهادة . فعلى الصحيح ، يعتبر الاذن عند الاداء على الأصح .

فرع

يجوز ضمان النافع الثابتة في الذمة كالأموال .

فصل في كفالة البدن

ويسمى أيضاً ، كفالة الوجه ، وهي صحيحة على المشهور . وقيل : تصح قطعاً ، فتجوز بيدن من عليه مال ، ولا يشترط العلم بقدره على الأصح . والثاني : يشترط بناء على أنه لو مات ، غرم الكفيل المال . وبشترط أن يكون المال مما يصح ضمانه . فلو تكفل بيدن مكاتب للنجوم اتى عليه ، لم يصح . فان كان عليه عقوبة ، فان كانت لآدمي كالقصاص وحد الفذف ، صحت الكفالة على الأظهر . وقيل : لا تصح قطعاً . وإن كانت حداً لله تعالى ، لم تصح على المذهب . وقيل : قولان . وضبط الامام والفراي من تكفل بيده فقالا : حاصل كفالة البدن التزام إحضار المكفول بيده ، فكل من يلزمه حضور مجلس الحكم عند الاستعداد أو يستحق إحضاره ، تجوز الكفالة بيده ، فيخرج على هذا الضابط صور ، منها : الكفالة بيدن امرأة بدعي رجل زوجيتها ، صحيحة . وكذلك الكفالة بها ، لمن ثبتت زوجيته . قال في التمهيد والظاهر ، أن حكم هذه الكفالة حكم الكفالة بيدن من ادعي عليه القصاص ، لأن المستحق عليها لا يقبل النيابة . ومنها : لو تكفل بيدن عبد آبق لمالكه ، قال ابن سريج : يصح ويلزمه السعي في رده . ويجيء فيه مثل ما حكينا في الزوجة . ومنها : الميت قد يستحق إحضاره ليقم الشهود الشهادة على صورته إذا تحملوها كذلك ولم يعرفوا اسمه ونسبه . وإذا كان كذلك ، صحت الكفالة بيده . ومنها : الصبي ، والمجنون ، قد يستحق إحضارهما لاقامة الشهادة على صورتها في الاتلاف ، وغيره ، فتجوز الكفالة فيهما . ثم إن كفيل باذن وليها ، فله مطالبة الولي بإحضارهما عند الحاجة ، وإن كفيل بغير إذنه ، فهو كالكفالة بيدن العاقل البالغ بغير إذنه . ومنها : قال الامام : لو تكفل رجل بيفداد بيدن رجل بالبصرة ،

فالكفالة باطلة ، لأن من بالبصرة لا يلزمه الحضور ينفاد الخصومات ، والكفيل فرع المكفول به . وإذا لم يجب حضوره ، لا يمكن إيجاب الإحضار على الكفيل . وهذا الذي قاله ، تفريع على أنه لا يلزم إحضار من هو على مسافة القصر ، وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى .

فرع

الحق الذي تجوز بسببه الكفالة ، إن ثبت على المكفول بيده باقرار أو بينة ، فذاك . وإن لم يثبت ، لكنه ادعى عليه ، فلم ينكر وسكت ، صحت الكفالة أيضاً . وإن أنكر ، فوجهان . أحدهما : أنها باطلة . لأن الأصل البراءة ، والكفالة بمن لا حق عليه باطلة . وأصحها : الصحة لأن الحضور مستحق . ومعظم الكفالات إنما تقع قبل ثبوت الحق .

فرع

تجوز الكفالة بيدن الغائب ، والمحبوس ، وإن تمذر تحصيل الغرض في الحال ، كما يجوز للمعسر ضمان المال .

فرع

يشترط كون المكفول بيده معيناً . فلو قال : كفلت بدن أحد هذين ، لم يصح كما لو ضمن أحد الدينين .

فصل في ضمان الاعيان

فاذا ضمن عيناً للمالكها وهي في يد غيره ، نظر ، إن كانت مضمونة عليه ، كالمفصوب ، والمستعار ، والمستام ، والأمانات إذا خان فيها ، فله صورتان .

إحداهما : يضمن رد أعيانها . فالذهب الذي عليه الجمهور ، أنه على قولي كفالة البدن . وقيل : يصح قطعاً . والفرق أن حضور الخصم ليس مقصوداً في نفسه ، وإنما هو ذريعة إلى تحصيل المال ، فالتزام المقصود ، أولى . فإن صححنا ، فردها ، بريء من الضمان . وإن تلفت وتضرر الرد ، فهل عليه قيمتها ؟ وجهان ، كما لو مات المكفول يدينه . فإن أوجبنا ، فهل يجب في المفصوب أكثر القيم ؟ أم قيمته يوم التلف لأن الكفيل لم يكن متمدياً ؟ وجهان .

قلت : الثاني أقوى . والله أعلم

ولو ضمن تسليم المبيع وهو بعد في يد البائع ، جرى الخلاف في الضمان . فإن صححناه وتلف ، انفسخ البيع . فإن لم يدفع المشتري الثمن ، لم يطالب الضامن بشيء . وإن كان دفعه ، عاد الوجهان في أن الضامن ، هل يبرم ؟ فإن غرمناه ، فهل يبرم الثمن ؟ أم أقل الأمرين من الثمن وقيمة المبيع ؟ وجهان . أصحها : أولهما . الصورة الثانية : أن يضمن قيمتها لو تلفت . قال البغوي : ينبغي على أن المكفول يدينه لو مات ، هل يبرم الكفيل الدين ؟ إن قلنا : نعم ، صح ضمان القيمة لو تلفت العين . وإلا ، فلا ، وهو الصحيح لهذا ، ولأن القيمة قبل تلف العين ، غير واجبة . أما إذا لم تكن العين مضمونة على من هي في يده كالوديعة والمال في يد الشريك ، والوكيل ، والوصي ، فلا يصح ضمانها قطعاً ، لأنها غير مضمونة

الرد أيضاً ، وإغنا يجب على الأمين التخلية فقط . ولو تكفل بيدن العبد الجسافي
جناية توجب المال ، فهو كضمان المين . ومنهم من قطع بالمنع . والفرق أن المين
المضمونة مستحقة ، ونفس العبد ليست مستحقة ، وإغنا المقصود تحصيل الأرض من
بدله ، وبدله مجهول .

فرع

باع شيئاً بثوب أو بدراهم معينة ، فضمن قيمته ، فهو كما لو كان الثمن في الذمة
وضمن العهدة .

فرع

رهن ثوباً ولم يسلمه ، فضمن رجل تسليمه ؛ لم يصح لأنه ضمان ما ليس بلازم .

فرع

في مسائل من الكفالة

إحداها : إذا عين في الكفالة مكاناً للتسليم ، تعين . وإن أطلق ، فالذهب
أنها تصح ويجب التسليم في مكان الكفالة . وقيل : هو كما لو أطلق السلم . وإذا
أتى الكفيل بالكفول به في غير الموضع المستحق ، جاز قبوله ، وله أن يمتنع إن كان
فيه غرض ، بأن كان قد عين مجلس الحكم ، أو موضعاً يجد فيه من يعينه على
خصمه . فإن لم يختلف الغرض ، فالظاهر أنه يلزمه قبوله . فإن امتنع ، رفعه إلى
الحاكم ليقبض عنه . فإن لم يكن حاكم ، أشهد شاهدين أنه سلمه إليه .
الثانية : يخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه في المكان الذي وجب فيه التسليم ،

سواء طلبه المستحق أم أباه ، بشرط أن لا يكون هناك حائل كيند سلطان ، ومتغليب ، وحبس بغير حق لينتفع بتسليمه . وحبس الحاكم بالحق ، لا يمنع صحة التسليم ، لامكان إحضاره ومطالبته بالحق . ولو حضر المكفول به وقال : سلمت نفسي إليك عن جهة الكفيل ، بريء الكفيل كما يبرأ الضامن بأداء الأصيل الدين . ولو لم يسلم نفسه عن جهة الكفيل ، لم يبرأ الكفيل لأنه لم يسلمه إليه هو ، ولا أحد عن جهته ، حتى قال القاضي حسين : لو ظفر به المكفول له في مجلس الحكم وادعى عليه ، لم يبرأ الكفيل . وكذلك لو سلمه أجنبي ، لا عن جهة الكفيل . وإن سلمه عن جهة الكفيل ، فإن كان بأذنه ، فهو كما لو سلمه الكفيل . وإن كان بغير إذنه ، فليس على المكفول به قبوله ، لكن لو قبل : بريء الكفيل . ولو كفل رجل لرجلين ، فسلم إلى أحدهما ، لم يبرأ من حق الآخر . ولو كفل رجلان لرجل ، فسلم أحدهما ، قال في التهذيب : إن كفلاه على الترتيب ، وقع تسليمه عن المسلم دون صاحبه ، سواء قال : سلمت عن صاحبي أم لم يقل . وإن كفلاه مماً ، فوجهان . قال الزني : يبرأ أيضاً صاحبه ، كما لو دفع أحد الضامنين الدين . وقال ابن سريج والأكثر : لا يبرأ ، كما لو كان بالدين رهنان ، فانفك أحدهما ، لا ينفك الآخر ، وبخالف قضاء الدين ، فإنه يبرئ الأصيل ، وإذا برئ ، برئ كل ضامن . ولو كانت المسألة بجاملها ، وكفل كل واحد من الكفيلين بدن صاحبه ، ثم أحضر أحدهما المكفول به وسلمه ، فعلى قول الزني : يبرأ كل واحد عن الكفالة الأولى وعن كفالة صاحبه . وعلى قول ابن سريج : يبرأ المسلم عن الكفالتين ، ويبرأ صاحبه عن كفالته دون الكفالة الأولى .

الثالثة : كما يخرج الكفيل عن الهدية بالتسليم ، يبرأ أيضاً إذا أبرأ المكفول له . ولو قال المكفول له : لا حق لي قبل المكفول به أو عليه ، فوجهان .

أحدهما : يبرأ الأصيل والكفيل . والثاني : راجع . فإن فسر بنفي الدين ، فذاك . وإن فسر بنفي الوديعة والشركة ونحوهما ، قبل قوله ، فإن كذابه ، حلف .

الرابعة : إذا غاب المكفول بيده ، نظر ، إن غاب غيبة منقطعة والراد بها أن لا يعرف موضعه ويتقطع خبره ، فلا يكلف الكفيل إحضاره . وإن عرف موضعه ، فإن كان دون مسافة القصر ، لزمه إحضاره لكن يمهل مدة الذهاب والاياب ليحضره . فإن مضت المدة ولم يحضره ، حبس . وإن كان على مسافة القصر ، فوجهان . أصحهما : يلزمه إحضاره . والثاني : لا يطلب به . ولو كان غائباً حال الكفالة ، فالحكم في إحضاره كما لو غاب بعد الكفالة .

الخامسة : إذا مات المكفول به ، ففي انقطاع طلب الإحضار عن الكفيل ، وجهان . أصحها : لا يتقطع ، بل عليه إحضاره ما لم يدفن إذا أراد المكفول له إقامة البينة على صورته ، كما لو تكفل ابتداءً بيدن الميت . والثاني : يتقطع . وهل يطلب الكفيل بمال ؟ وجهان . أصحها : لا لأنه لم يلتزمه . كما لو ضمن المسلم فيه فائق ، فإنه لا يطلب برد رأس المال . والثاني : يطلب ، وبه وقال ابن سريج لأنه وثيقة كالرهن . وعلى هذا ، هل يطلب بالدين ، أم بأقل الأمرين من الدين ودية المكفول به ؟ وجهان بناء على القولين ، في أن السيد يفدي الجاني بالأرض ، أم بأقل الأمرين من الأرض وقيمة العبد ؟

قلت : المختار ، المطالبة بالدين فإن الدية غير مستحقة ، بخلاف قيمة العبد . قال صاحب « الحاوي » : ولو مات الكفيل ، فعلى مذهب الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم ، بطلت الكفالة ولا شيء في تركته . وعلى قول ابن سريج : ينبغي أن لا تبطل ، لأنها عنده قد تفضي إلى مال يتعلق بالتركة ، لكن لم أر له فيه نصاً . ولو مات المكفول له ، بقي الحق لوارثه . فإن كان له غرماء وورثة ، وأوصى إلى زيد باخراج ثلثه ، لم يبرأ الكفيل إلا بالتسليم إلى الورثة والغرماء والوصي . فلو سلم

إلى الورثة والرماء والموصى لهم ، دون الوصي ، ففي برأته وجهان حكاهما
ابن سريج . والله أعلم

السادسة : لو هرب المكفول به إلى حيث لا يعلم ، أو توارى ، ففي مطالبة الكفيل
بالمال ، خلاف مرتب على الموت ، وأولى بأن لا يطالب ، إذ لم تأيس من إحضاره .
السابعة : إذا تكفل بشرط أنه [إن] عجز عن تسليمه ، غرم الدين . فان قلنا :
يغرم عند الاطلاق ، صح ، وإلا ، فالكفالة باطلة .

الثامنة : يشترط رضى المكفول بيده على الصحيح ، ولا يشترط رضى المكفول
له على الصحيح . فاذا كفل بغير رضى المكفول به ، فأراد إحضاره لطلب المكفول
له ، نظر ، إن قال : أحضير خصمي ، فلكفيل مطالبته بالحضور ، وعليه الاجابة
لا بسبب الكفالة ، بل لأنه وكله في إحضاره . وإن لم يقل ذلك ، بل قال :
أخرج عن حقي ، فهل له مطالبة المكفول به ؟ وجهان . أحدهما : لا كما لو ضمن
عنه بغير إذنه مالا ، وطالب المضمون له الضامن ، فانه لا يطالب المضمون عنه .
وذكروا على هذا أنه يجبس ، واستبدده الأئمة لأنه حبس على ما لا يقدر عليه .
والثاني : نعم ، لأن المطالبة بالخروج عن العهدة ، تتضمن التوكيل في الاحضار .
التاسعة : لو تكفل يدين الكفيل كفيل ، ثم كفيل ، ثم كذلك آخرون بلا
حصر ، جاز ، لأنه تكفل بمن ^(١) عليه حق لازم ، وقياساً على ضمان المال . ثم إذا
برىء واحد برىء من بعده دون من قبله .

العاشرة : في موت المكفول له ، ثلاثة أوجه ، أصحها : بقاء الكفالة وقيام

(١) في الاصل : إن ، وما أثبتناه من غطوطة الظاهرية .

وارثه مقامه ، كما لو ضمن له المال ، والثاني : تبطل ، لأنها ضمنية . والثالث : إن كان عليه دين ، أو له وصي ، بقيت ، وإلا ، فلا ، لأن الوصي نائبه والدين لا بد منه .

الركن الخامس : الصيغة ، وفيه مسائل .

الأولى : لا بد من صيغة دالة على التزام ، كقوله : ضمنت لك مالك على فلان ، أو تكفلت بيدن فلان ، أو أنا باحضر هذا المال أو هذا الشخص كفيل ، أو ضامن ، أو زعيم ، أو حميل ، أو قبيل . وفي « البيان » وجه : أن لفظ القبيل ليس بصريح ، ويطرد هذا الوجه في الحميل وما ليس بمشهور في المقد . ولو قال : خل عن فلان والدين الذي لك عليه عندي ، فليس بصريح في الضمان . ولو قال : دين فلان إليّ ، فوجهان .

قلت : أقواها : ليس بصريح . والله أعلم

ولو قال : أؤدي المال ، أو احضر الشخص ، فهذا ليس بالتزام ، وإنما هو وعد . ولو تكفل فأبراه المستحق ، ثم وجده ملازماً للخضم فقال : خلّه وأنا على ما كنت عليه من الكفالة ، صار كفيلاً .

الثانية : لو شرط الضامن ، أو الكفيل الخيار لنفسه ، لم يصح الضمان . ولو شرط للمضمون له ، لم يضر ، لأن الخيار في المطالبة والابراء له أبداً .

الثالثة : لو علّق الضمان بوقت أو غيره فقال : إذا جاء رأس الشهر ، فقد ضمنت ، أو إن لم يؤد مالك غداً ، فأنا ضامن ، لم يصح على المذهب ، كما لا يصح مؤقتاً ، كقوله : أنا ضامن إلى شهر ، فإذا مضى ولم أغرم ، فأنا بريء . وعن ابن سريج أنه إذا جاز على القديم ضمان المجهول وما لم يجب ، جاز التعليق . قال الامام : ويحیی

في تعليق الإبراء القولان، لانه إسقاط. فإذا قلنا بالقديم، فقال: إذا نعت عبدك بألف، فأنا ضامن لثمن، فباعه بألفين، قال ابن سريج: لا يكون ضامناً لشيء. وفي وجه: يصير ضامناً لألف. ولو باعه بخمسةائة، ففي كونه ضامناً لها، الوجوهان. ولو قال: إذا أقرضته عشرة، فأنا ضامن لها، فأقرضه خمسة عشر، فهو ضامن للعشرة على الوجيهين، لان من أقرض خمسة عشر، فقد أقرض عشرة، والبيع بخمسة عشر ليس بيعاً بعشرة. وإن أقرضه خمسة، فمن ابن سريج: تسليم كونه ضامناً لها. قال الامام: وهو خلاف قياسه، لان الشرط لم يتحقق. ولو علق كفاالة البدن بمجيء الشهر، فان جوزنا تعليق المال، فهي (١) أولى، وإلا، فوجهان، كالاخلاف في تعليق الوكالة، والفرق أن الكفاالة مبنية على المصلحة والحاجة. ولو علقها بمحصاد الزرع، فوجهان مرتبان، وأولى بالمنع، لانضمام الجهالة. وإن علقها بقدوم زيد، فأولى بالمنع، للجهل بأصل حصول القدوم، فان جوزنا، فوجدنا الشرط المعلق عليه، صار كفيلاً.

الرابعة: لو وقت كفاالة البدن فقال: أنا كفيل به إلى شهر، فإذا مضى، برئت، فوجهان، وقيل: قولان. أصحابها: البطلان، كضمان المال. ولو نجز الكفاالة وشرط التأخير في الاحضار شهراً، جاز للحاجة كمثلها في الوكالة، وتوقف فيه الامام، وجميل الغزالي في « الوسيط » هذا التوقف وجهاً. فإذا صححنا فأحضره قبل المدة وسلمه، وامتنع الكفول له من قبوله، نظر، هل له غرض في الامتناع بأن كانت بينته غائبة أو دينه مؤجلاً، أم لا؟ وحكم القسمين، على ما سبق فيمن سلمه في غير المكان المعين. ولو شرط لاحضاره أجلاً مجهولاً، كالحصاد، ففي صحة الكفاالة، وجهان. أصحابها: المنع.

الخامسة: لو ضمن الدين الحال حالاً، أو أطلق، لزمه حالاً، وإن ضمن المؤجل

(١) في الاصل: فهو، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية.

مؤجلاً بأجل ، أو أطلق لزمه لأجله . وإن ضمن الحال مؤجلاً بأجل معلوم ، فوجهان . أحدهما : لا يصح الضمان ، للاختلاف . وأصحها : الصحة ، للحاجة ، وعلى هذا ، فالمذهب ثبوت الأجل ، فلا يطالب إلا كما التزم ، وبهذا قطع الجمهور . وشذ إمام الحرمين فادعى إجماع الأصحاب على أن الأجل لا يثبت ، وأن في فساد الضمان لفساده ، وجيه . أصحها : الفساد . أما لو ضمن المؤجل حالاً ، والتزم التبرع بالتعجيل مضموماً إلى التبرع بأصل الضمان ، فوجهان كعكسه ، أصحها : الصحة . وعلى هذا ، هل يلزمه الوفاء بالتعجيل ؟ وجهان . أصحها : لا ، كما لو التزم الأصيل التعجيل . وعلى هذا ، هل يثبت الأجل في حقه مقصوداً ، أم تبهما ؟ فيه وجهان . وفائدتهما فيما لو مات الأصيل والحالة هذه . ولو ضمن المؤجل إلى شهرين مؤجلاً إلى شهر ، فهو كضمان المؤجل حالاً .

السادسة : لو تكفل يدين رجل ، أو نفسه ، أو جسمه ، أو روحه ، صح . وإن تكفل بمضو منه ، فأربعة أوجه .

أحدها (١) : أنه باطل ، كالبائع رالاجارة ، بخلاف العتق والطلاق ، لأن لها قوة وسرية ، وبهذا قال الشيخ أبو حامد ، والقاضي أبو الطيب . واختاره ابن الصباغ . والثاني : يصح .

والثالث : إن كان عضواً لا يبقى البدن دونه ، كالرأس ، والقلب ، والكبد ، والدماغ ، صح . وإن بقي دونه ، كالرجل ، واليد ، لم يصح . وقال في التهذيب : هذا أصح .

والرابع : ما عيّر به عن جميع البدن ، كالرأس ، والرقبة ، يصح . وما لا ، كاليد ، والرجل ، فلا . قال القفال : هذا أصح . وللوجه حكم سائر الأعضاء ، كذا قاله الجمهور . وقال الامام : يصح قطعاً ، لشبهة هذا المقد بكفالة الوجه . وأما الجزء الشائع ، كالنصف والثلث ، فكالجزء الذي لا يبقى البدن دونه ، فيكون فيه وجهان .

(١) في الاصل : أصحها ، وما أنبتناه من مخطوطة الظاهرية .

قلت : قطع صاحب « الحاوي » بصحة الكفالة فيما لو كفّل برأسه ، أو وجهه ، أو عينه ، أو قلبه وفؤاده وغيرها مما لا يحیی^(١) دونه ، أو جزء شائع . والله أعلم

فرع

في مسائل تتعلق بالباب

إحداها : ضمن عن رجل ألفاً ، وشرط للمضمون له أن يعطيه كل شهر درهماً . ولا يحسبه من الضمان ، فالشرط باطل . وفي بطلان الضمان ، وجهان .

قلت : أصحهما : البطلان . والله أعلم

الثانية : ضمن أو كفّل ، ثم ادعى أنه لم يكن على المضمون عنه ، والمكفول حق ، فالقول قول المضمون له . وهل يحلف ، أم يقبل بلا عين ؟ وجهان عن ابن سريج . فإن قلنا بالأول ، فنكل ، حلف الضامن ، وسقطت عنه المطالبة . ولو أقر أنه ضمن ، أو كفّل بشرط الخيار ، وأنكر المضمون له الشرط ، بني ذلك على تبييض الاقرار . إن قلنا : لا يبيّض ، فالقول قول الضامن مع يمينه . وإن بمضناه ، فقول المضمون له .

الثالثة : قال الكفيل : برىء المكفول ، وأنكر المكفول له ، قبل إنكاره يمينه . فإن نكل فحلف الكفيل ، برىء ، ولا يبرأ المكفول .

الرابعة : قال تكفلت بـيدن زيد ، فإن أحضرته ، وإلا فأنا كفيل بيدن عمرو ، لم يصح . ولو قال للمكفول له : أبرىء الكفيل ، وأنا كفيل المكفول ، قال : الأكثرون : لا يصح . وقال ابن سريج : يصح .

(١) في الأصل : مما لا يخفى ، وما أثبتناه من مخطوطه الظاهرية .

الخامسة : الكفالة يـدـن الأجير المـيـن ، صـحـيـحـة عـلـى الصـحـيـح . وـمـن قـال
بـغـيـم الكـفـيـل عـنـد مـوت الأـمـيـل ، لـم يـصـحـحـها ، لـأنـه إـذا مـات ، انـفـسـخ العـقـد
وسـقـط الـحـق .

[قلت ^(١)]

الباب الثاني

فما يترتب على الضمان الصحيح من الأحكام

وهي ثلاثة .

الأول : أن تجدد المضمون له مطالبة الضامن ، ولا تنقطع مطالبته عن المضمون
عنه ، بل له مطالبتها جميعاً ، ومطالبة أيها شاء .

قلت : وله مطالبة أحدهما ببعضه ، والآخر بباقيه . والله أعلم

فلو ضمن بشرط براءة الأصيل ، لم يصح على الأصح ، لأنه ينافي مقتضاه .
والثاني : يصح الضمان والشرط . والثالث : يصح الضمان فقط . فإن صححناها ،
بريء الأصيل ، ورجع الضامن عليه في الحال إن ضمن بآذنه ، لأنه حصل براءته كما
لو أدى . ومهما أبرأ مستحق الدين الاصيل ، برىء [الضامن] اسقوط الحق ، كما لو أدى الأصيل .
الدين ، أو أحال مستحقه على إنسان ، أو أحال المستحق غريمه عليه . وكذا يبرأ
ببراءته ضامن الضامن . ولو أبرأ الضامن ، لم يبرأ الأصيل ، لكن يبرأ ضامن
الضامن . ولو أبرأ ضامن الضامن ، لم يبرأ الضامن .

(١) زيادة من مخطوطة الظاهرية . وفي هامشها كذا في الاصل ، ويبض بدمه . اهـ وفي الاصل بياض .

فرع

ضمن ديناً مؤجلاً ، فمات الاصيل ، حل عليه الدين ، ولم يحل على الضامن على الصحيح . وقال ابن القطان : يحل ، لأنه فرعه ، فعلى الصحيح ، لو آخر المستحق المطالبة ، كان للضامن أن يطالبه بأخذ حقه من تركة الاصيل ، أو إرائته ، لأنه قد تهلك التركة ، فلا يجد مرجعاً إذا غرم . وفي وجه ضعيف : ليس له هذه المطالبة . ولو مات الضامن ، حل عليه الدين . فإن أخذ المستحق المال من تركته ، لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه قبل حلول الأجل ، وفي وجه شاذ : لا يحل بموت الضامن .

الحكم الثاني : في مطالبة الضامن المضمون عنه بالأداء ، ومداره على وجهين خرجهما ابن سريج رحمه الله ، في أن مجرد الضمان يوجب حقاً للضامن على الاصيل ويثبت علاقة بينهما ، أم لا ؟ فإذا طالب المضمون له الضامن بالمال ، فله مطالبة الاصيل بتخليصه إن ضمن بإذنه . وفي وجه شاذ : ليس له ، وليس له مطالبة قبل أن يطالب على الأصح . وهل للضامن تفريم الاصيل قبل أن يفرم حيث يثبت له الرجوع ؟ وجهان ، بناءً على التخريج المذكور . وليكن الوجهان تفريماً على أن ما يأخذه عوضاً عما يقضي به دين الاصيل ، يملكه . وفيه وجهان بناءً على التخريج . ولو دفعه الاصيل ابتداءً بلا مطالبة ، فإن قلنا : يملكه ، فله التصرف فيه ، كالفقير إذا أخذ الزكاة المعجلة ، لكن لا يستقر ملكه عليه ، بل عليه رده . ولو هلك عنده ، ضمنه كالمقبوض بشراء فاسد . ولو دفعه إليه وقال : اقض ما ضمننت غني ، فهو وكيل الاصيل ، والمال أمانة في يده . ولو حبس المضمون له الضامن ، فهل له حبس الاصيل ؟ وجهان بناءً على التخريج . إن أثبتنا الملققة بينهما ، ف نعم ، وإلا ، فلا ، وهو الأصح . ولو أبرأ الضامن الاصيل عما سيفرم ، إن أثبتنا الملققة ، صح الإبراء ، وإلا ، فعلى الخلاف في الإبراء عما لم يجب ، ووجد سبب وجوبه . ولو صالح الضامن الاصيل عن

العشرة التي سيفرما على خمسة ، إن أثبتناها في الحال ، صح الصلح ، وكأنه أخذ عوض بعض الحق وأبرأ عن الباقي ، وإلا ، فلا يصح . ولو ضمن عن الاصيل ضامن للضامن ، ففي صحته ، الوجهان . وكذا لو رهن الاصيل عند الضامن شيئاً بما ضمن . والأصح في الجميع : المنع . ولو شرط في ابتداء الضمان أن يعطيه الأصيل ضامناً بما ضمن ، ففي صحة الشرط الوجهان . فإن صححنا فوفى ، وإلا فللضامن فسخ الضمان . وإن أفسدناه ، فسد به الضمان على الأصح .

الحكم الثالث : الرجوع . أما غير الضامن إذا أدى دين غيره بنير إذنه ، فلا رجوع ، لانه متبرع . وإن أدى باذنه ، رجع إن شرط الرجوع قطعاً . وكذا إن أطلق على الأصح . وفي وجه ثالث : إن كان حالهما يقتضي الرجوع ، رجع ، وإلا ، فلا ، كنظيره من الهبة . وأما الضامن ، فله أربعة أحوال .

الأول : يضمن باذن ويؤدي باذن ، فيرجع سواء شرط الرجوع ، أم لا . قال الامام : ويحتمل أن ينزل منزلة الاذن في الاداء بلا ضمان ، حتى يقال : إن شرط الرجوع ، رجع ، وإلا فملى الخلاف . وفي كلام صاحب « التقريب » رمز إليه .

الحال الثاني : أن يضمن ويؤدي بلا إذن ، فلا رجوع .

الثالث : يضمن بنير إذن ، ويؤدي بالاذن ، فلا رجوع على الأصح . فلو أذن في الاداء بشرط الرجوع ، ففيه احتمالان للامام ، أحدهما : يرجع كما لو أذن في الاداء بهذا الشرط من غير ضمان . والثاني : لا ، لان الاداء مستحق بالضمان ، والمستحق بلا عوض لا يجوز مقابلته بموض كسائر الحقوق الواجبة .

قلت : الاحتمال الاول أصح . والله أعلم

الرابع : يضمن بالاذن ، ويؤدي بلا إذن ، فأوجه . الأصح المنصوص : يرجع . والثاني : لا . والثالث : إن أدى من غير مطالبة أو بمطالبة ، ولكن أمكنه استئذان الاصيل ، لم يرجع ، وإلا فيرجع .

فرع

حوالة الضامن المضمون له على إنسان، وقبوله حوالة المضمون له عليه، ومصالحتهما عن الدين على عوض، وصيرورة الدين ميراثاً للضامن، كالاداء في ثبوت الرجوع وعدمه.

فصل

في كيفية الرجوع

فان كان ما دفعه إلى رب الدين من جنس الدين وعلى صفته، رجع به . وإن اختلف الجنس، فالكلام في المأذون في الاداء بلا ضمان، ثم في الضامن . أما الاول، فالمأذون بشرط الرجوع أو دونه، إن أثبتناه لو صالح على غير الجنس، ففي رجوعه أوجه . أصحها: يرجع . والثاني : لا . والثالث : إن قال : أدّيني أو ما عليّ ، رجع ، وإن قال : أدّ ما عليّ من الدنانير مثلاً ، فلا رجوع . وإذا قلنا : يرجع ، رجع بما سنذكره في الضامن إن شاء الله تعالى . وأما الضامن ، إذا صالح على غير الجنس، فيرجع بلا خلاف ، لأن بالضمان ثبت المال في ذمته كقبوته في ذمة الأصيل، والمصالحة معاملته مبنية عليه . ثم ينظر ، فان كانت قيمة المصالح عليه أكثر من قدر الدين ، لم يرجع بالزيادة . وإن لم تكن أكثر، كمن صالح عن ألف بعبد يساوي تسعمائة ، فوجهان . وقيل : قولان . أصحها : يرجع بتسعمائة . والثاني : بالألف . ولو باعه العبد بألف، ثم تقاصا، رجع [بالألف] بلا خلاف . ولو قال : بعتك العبد بما ضمنته لك عن فلان ، ففي صحة البيع ، وجهان . فان صححنا ، فهل يرجع بما ضمنه ؟ أم بالأقل بما ضمنه ، ومن قيمة العبد ؟ وجهان .

قلت : المختار الصحة ، وأنه يرجع بما ضمنه . والله أعلم

أما إذا اختلفت الصفة ، فإن كان المؤدى خيراً ، بأن أدى الصحاح عن المكسرة ، لم يرجع بالصحاح . وإن كان بالعكس ، ففيه الخلاف المذكور في خلاف الجنس . وعن الشيخ أبي محمد ، القطع بالرجوع .

فرع

في مسائل تتعلق بالرجوع

إحداها : ضمن عشرة ، وأدى خمسة ، وأبرأه رب المال عن الباقي ، لم يرجع إلا بالخمسة المفرومة ، وتبقى الخمسة الأخرى على الأصيل . ولو صالحه من العشرة على خمسة ، لم يرجع إلا بالخمسة أيضاً ، لكن يبرأ الضامن والأصيل عن الباقي .
الثانية : ضمن ذمي لذمي ديناً على مسلم ، ثم تصالحا على خمر ، فهل يبرأ المسلم لأن المصالحة بين ذميين ، أم لا ، كما لو دفع الحجر بنفسه ؟ وجهان . فإن قلنا بالأول ، ففي رجوع الضامن على المسلم ، وجهان ، لأن ما أدى ليس بمال ، إلا أنه أسقط الدين . قلت : الأصح : لا يبرأ ، ولا يرجع . والله أعلم

الثالثة : ضمن عن الضامن آخر ، وأدى الثاني ، فرجوعه على الأول ، كرجوع الأول على الأصيل ، فبراعى الاذن وعدمه . وإذا لم يثبت له الرجوع على الأول ، لم يثبت بأدائه الأول الرجوع على الأصيل ، لأنه لم يفرم . وإذا ثبت له الرجوع على الأول فرجع ، رجع الأول على الأصيل إذا وجد شرطه ، فلو أراد الثاني أن يرجع على الأصيل ، ويترك الأول ، نظر ، إن كان الأصيل قال له : اضمن عن ضامني ، ففي رجوعه عليه ، وجهان ، كما لو قال لانسان : أد ديني وليس كما لو قال : أد دين فلان ، حيث لا يرجع قطعاً على الأمر ، لأن الحق لم يتعلق بدمته . وإن لم يقل له : اضمن عن ضامني ، فإن كان الحال لا يقتضي رجوع الأول على الأصيل ، لم يرجع

الثاني عليه . وإن اقتضاه ، فكذلك على الأصح ، لأنه لم يضمن عن الأصيل . ولو أن الثاني ضمن عن الأصيل أيضاً ، فلا رجوع لأحد الضامنين على الآخر ، وإنما الرجوع للمؤدي على الأصيل . ولو ضمن عن الأول والأصيل معاً ، فأدى ، فله أن يرجع على أيها شاء ، وأن يرجع على هذا البعض ، وعلى ذاك البعض ، ثم للأول الرجوع على الأصيل بما عزم بشرطه .

الرابعة : على زيد عشرة ، ضمنها اثنان ، كل واحد خمسة ، وضمن كل واحد عن الآخر ، فرب المال مطالبة كل واحد منها بالعشرة ، نصفها عن الأصيل ، ونصفها عن الآخر ، فإن أدى أحدهما العشرة ، رجع بالنصف على الأصيل ، وبالنصف على صاحبه . وهل له الرجوع بالجميع على الأصيل إذا كان لصاحبه الرجوع عليه لو غرم؟ خيه الوجهان . وإن لم يؤد إلا خمسة ، نظر ، هل أداها عن الأصيل ، أو عن صاحبه ، أو عنهما؟ ويثبت الرجوع بحسبه .

الخامسة : ضمن الثمن ، فهلك المبيع له أو وجد به عيباً فرده ، أو ضمن الصداق ، فارتدت المرأة قبل الدخول ، أو فسخت بيب ، نظر ، إن كان ذلك قبل أن يؤدي الضامن ، برى الضامن والأصيل . وإن كان بعده ، فإن كان بحيث يثبت الرجوع ، رجع بالمفرد على الأصيل ، وضمن رب الدين للأصيل ما أخذ إن كان هالكاً . وإن كان باقياً ، رده بعينه . وهل له إمساكه ورد بدله ؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا رد المبيع بيب وعين دراهمه عند البائع ، فأراد إمساكها ورد مثلها ، والأصح : المنع . وإنما يفرم للأصيل دون الضامن ، لأن في ضمن الاداء عنه إقراضه وتقليكه إياه . وإن كان بحيث لا يثبت للضامن الرجوع ، فلا شيء له على الأصيل ، ويلزم المضمون له رد ما أخذ . وعلى من يرد؟ فيه الخلاف فيمن تبرع بالصداق وطلق الزوج قبل الدخول ، وسيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى .

السادسة : أدى الضامن الدين ، ثم وهبه رب الدين له ، ففي رجوعه على الأصيل ، وجهان بناء على القولين فيما لو وهبت الصداق للزوج ، ثم طلقها قبل الدخول .

قلت : الاصح الرجوع . والله اعلم

السابعة : لرجل على رجلين عشرة ، وضمن كل واحد ماعلى الآخر ، فلبس الدين أن يطالبها ، ومن شاء منها بال عشرة . فإن أداها أحدهما، برئاً جميعاً، وللمؤدي الرجوع بخمسة على صاحبه إن وجد شرط الرجوع . وإن أدى كل واحد خمسة عما عليه ، فلا رجوع . وإن أدى عن الآخر، جاء خلاف النقص. وإن أدى أحدهما خمسة ، ولم يؤد الآخر شيئاً ، فإن أداها عن نفسه ، برىء عما عليه ، وبقي على صاحبه ما كان عليه، والمؤدي ضامن له . وإن أداها عن صاحبه ، رجع بها عليه ، وبقي عليه ما كان عليه، وصاحبه ضامن له . وإن أداها عنها ، فلكل نصف حكمة . وإن أدى ولم يقصد شيئاً ، فهل يقسط عليها ؟ أو يقال : اصرف إلى ما شئت ؟ وجهان سبق نظيرهما في آخر الرهن . ومن فوائدهما ، أن يكون بنصيب أحدهما رهن . فإن قلنا : له صرفه، فصرفه إلى ما به الرهن ، انفك ، وإلا ، فلا . ولو قال المؤدي : أدبت عما عليّ ، فقال القابض: بل عن صاحبك ، صدق المؤدي بيمينته . فإذا حلف ، برىء عما عليه ، لكن لرب الدين مطالبته بخمسة على الصحيح ، لأن عليه خمسة أخرى، إما بالأصالة، وإما بالضمان . وفي وجه : لا مطالبة له ، لأنه إن طالبه عن الأصالة ، فالشرع يصدق المؤدي في البراءة منها . وإن طالبه بالضمان ، فرب الدين معترف بأنه أدى عنه . وإن أبرأ رب الدين أحدهما عن جميع العشرة، برىء أصلاً وضماناً ، وبرىء الآخر من الضمان دون الأصل . وإن أبرأ أحدهما عن خمسة ، نظر ، إن أبرأه عن الأصل ، برىء عنه ، وبرىء صاحبه عن ضمانه ، وبقي عليه ضمان ما على صاحبه . وإن أبرأه عن الضمان ، برىء عنه، وبقي عليه الأصل ، وبقي على صاحبه الأصل والضمان. وإن أبرأه عن الخمسة من ^(١)الجهتين جميعاً ، سقط عنه نصف الأصل ونصف الضمان ، وعن صاحبه نصف الضمان ، [وبقي عليه الأصل ،

(١) في نسخة : عن .

ونصف الضمان [، فيطالبه بسبعة ونصف ، ويطالب المبرأ بخمسة . وإن لم ينو عند الإبراء شيئاً ، فهل يحمل على النصف ، أم يخير ليصرف إلى ماء شاء ؟ فيه الوجهان . ولو قال : أبرأت عن الضمان ، فقال المبرأ : بل عن الأصل ، فالقول قول المبرئ .

الثامنة : ادعى أن له على زيد وعلى غائب ألفاً باعها به عبداً قبضاه ، أو عن جهة أخرى ، وأن كل واحد منها ضمن ما على الآخر وأقام بذلك يئنة ، فأخذ الألف من زيد ، نص أنه يرجع على الغائب بنصف الألف . قال الجمهور : هذا إذا لم يكن وُجد من زيد تكذيب لليئنة . فإن كان ، لم يرجع ، لأنه مظلوم بزعمه ، فلا يطالب غير ظالمه ، وهذا هو الأصح . وقال ابن خيران : يرجع وإن صرح بالتكذيب ، لأن اليئنة أبطلت حكم إنكاره .

فرع

جميع ما سبق من رجوع المأذون له في الاداء ، والضامن على الأصيل ، مفروض فيما إذا أشهد على الاداء رجلين أو رجلاً وامرأتين . فلو أشهد واحداً اعتماداً على أنه يحلف معه ، أو أشهد مستورين ، فبانا فاسقين ، كفى ذلك على الأصح . ولا يكفي إشهاد من يعلم سفره عن قرب ، لأنه لا يفضي إلى المقصود . أما إذا أدى بلا إشهاد ، وأنكر رب المال ، فإن أدى في غيبة الأصيل ، فمقتصر ، فلا يرجع إن كذبه الأصيل قطعاً ، وكذا إن صدقه على الأصح . وهل يحلف الأصيل إذا كذبه ؟ قال في « التثمة » : يبنى على أنه لو صدقه ، هل يرجع عليه ؟ إن قلنا : نعم ، حلفه على نفي العلم بالاداء ، وإلا بني على أن النكول ورد اليمين ، كالأقرار ، أم كاليئنة ؟ إن قلنا : كالأقرار ، لم يحلفه ، لأن غايته أن يتكفل فيحلف الضامن ، فيكون كتصديقه ،

وذلك لا يفيد الرجوع . وإن قلنا : كالبينة ، حلفه طمعاً في أن ينكل ، ويحلف ، فيكون كالبينة . ولو كذبه الأصيل وصدقه رب المال ، رجع على الأصح ، لسقوط المطالبة ، فإنه أقوى من البينة . وأما إذا أدى بحضور الأصيل ، فيرجع على الصحيح المنصوص . ولو توافق الأصيل والضامن على أنه أشهد ، ولكن مات الشهود أو غابوا ، ثبت الرجوع على الصحيح . وقيل : لا ، وهو شاذ ضيف . ولو قال الضامن : أشهدت وماتوا ، وأنكر الأصيل الأشهاد ، فهل القول قول الأصيل ، لأن الأصل عدم الأشهاد ، أو قول الضامن ، لأن الأصل عدم التقصير ؟ وجهان . أصحابهما : الأول . ولو قال : أشهدت فلاناً وفلاناً ، فكذبا ، فهو كما لو لم يشهد . ولو قال : لا ندري وربما نسيت ، ففيه تردد للامام . ومتى لم تقم بينة بالأداء ، وحلف رب المال ، بقيت مطالبة بحالها . فإن أخذ المال من الأصيل ، فذاك . وإن أخذ من الكفيل مرة أخرى ، فقيل : لا يرجع بشيء ، والأصح : أنه يرجع . وهل يرجع بالمغروم أولاً لأنه مظلوم بالثاني ، أم بالثاني لأنه المسقط للمطالبة ؟ وجهان . قلت : ينبغي أن يرجع بأولهما . فإن كان الأول ، فهو يزعم أنه مظلوم بالثاني . وإن كان الثاني ، فهو المبريء ، ولأن الأصل براءة ذمة الأصيل من الزائد .

والله أعلم

فصل

الضمان في مرض الموت ، إذا كان بحيث يثبت الرجوع ، ووجد الضامن مرجعاً ، فهو محسوب من رأس المال . وإن لم يثبت الرجوع ، أو لم يجد مرجعاً لموت الأصيل معسراً ، فن الثلث . ومتى وفّت تركة الأصيل بثأني الدين ، فلا دور ، لأن صاحب الحق إن أخذه من ورثة الضامن ، رجعوا بثأنيه في تركة الأصيل . وإن أخذ تركة

الاصيل وبقي شيء ، أخذه من تركة الضامن ويقع تبرعاً ، لأن ورثة الضامن لا يجدون مرجعاً. وإن لم تق التركة بالثلثين ، فقد يقع الدور ، كريض ضمن تسعين ، ومات وليس له إلا تسعون ، ومات الاصيل وليس له إلا خمسة وأربعون ، قرب المال بالخيار ، إن شاء أخذ تركة الاصيل كلها ولا دور حينئذٍ ، وبطالب ورثة الضامن بثلثين ، ويقع تبرعاً إذ لم يبق للأصيل تركة يرجع فيها ، وإن أراد الاخذ من تركة الضامن ، لزم الدور ، لأن ما يغرمه ورثة الضامن ، يرجع إليهم بعضه ، لأن المغموم صار ديناً لهم على الاصيل ، فيتضاربون^(١) به مع رب المال في تركة الاصيل ، ويلزم من رجوع بعضه زيادة التركة ، ومن زيادة التركة زيادة المغموم ، ومن زيادة المغموم زيادة الرجوع . وطريق استخراجها أن يقال : يأخذ رب المال من ورثة الضامن شيئاً ، ويرجع إليهم مثل نصفه ، لأن تركة الاصيل نصف تركة الضامن ، فيبقى عندهم تسعون إلا نصف شيء ، وهو يعدل مثلي ما تلف بالضمان ، والتالف نصف شيء ، ومثلاً شيء ، فإذا تسعون إلا نصف شيء يعدل شيئاً. وإذا جبرنا وقابلنا ، عدلت تسعون شيئاً ونصفاً فيكون الشيء ستين ، فبان أن المأخوذ ستون ، وحينئذٍ يكون الستون ديناً لهم على الاصيل ، وقد بقي لرب المال ثلاثون ، فيتضاربون في تركته بسهمين ومهم ، وتركته خمسة وأربعون ، يأخذ منها الورثة ثلاثين ، ورب الدين خمسة عشر ، وبتمطل باقي دينه وهو خمسة عشر ، ويكون الحاصل للورثة ستين ، ثلاثين بقيت عندهم ، وثلاثين أخذوها من تركة الاصيل ، وذلك مثلاً ما تلف ووقع تبرعاً ، وهو ثلاثون . ولو كانت المسألة بحالها ، لكن تركة الاصيل ثلاثون ، فيأخذ رب الدين شيئاً ، ويرجع إلى ورثة الضامن مثل ثلثه ، لأن تركة الاصيل ثلث تركة الضامن ، فيبقى عندهم تسعون ناقصة ثلثي شيء تعدل

(١) في نسخة : فيضاربون .

مثلي التالف بالضمان ، وهو ثلثا شيء ، فثلاثة شيء وثلث . فاذن تسمون إلا ثلث شيء يبدل شيئاً وثلثاً ، فإذا جبرنا وقايلنا ، عدلت تسمون شيئين ، فيكون الشيء خمسة وأربعين ، وذلك ما أخذه رب الدين ، وصار ديناً لورثة الضامن على الاصيل ، وبقي لرب الدين عليه خمسة وأربعون أيضاً ، فيتضاربون في تركته بسهم وسهم ، فتجصل بينها مناصفة . ولو كانت تركة الاصيل ستين ، فلا دور ، بل لرب الدين أخذ تركة الضامن كلها ، ثم يأخذون تركة الاصيل كلها بحق الرجوع ، ويقع الباقي تبرعاً . قلت : وهذه مسائل مثورة ، تتعلق بالضمان . وترك يباح في الاصل .

كتاب الشركة

كل حق ثابت بين شخصين فصاعداً على الشيوخ ، يقال : هو مشترك . وذلك ينقسم إلى ما لا يتعلق بمال ، كالقصاص ، وحدّ القذف ، ومنفعة كلب الصيد ، ونحوه ، وإلى متعلق بمال ، وذلك إما عين مال ومنفعته ، كما لو غنموا مالاً أو ورثوه أو اشتروه . وإما مجرد منفعة ، كما لو استأجروا عبداً ، أو وُصّي لهم بمنفعته . وإما مجرد العين ، كما لو ورثوا عبداً موصى بمنافعه . وإما حق يتوصل به إلى مال ، كالشفعة الثابتة لجماعة . والشركة ، قد تحدث بلا اختيار ، كالارث . وباختيار ، كالشراء ، وهذا مقصود الكتاب . والشركة أربعة أنواع .

الأول : شركة العنان ، ولها ثلاثة أركان .

الأول : العاقدان والمعتبر فيها ، أهلية التوكيل والتوكل . وتكره مشاركة الذمي ، ومن لا يحتز من الربا ونحوه .

الثاني : الصيغة ، ولا بد من لفظ يدل على الاذن في التجارة والتصرف . فإن أذن كل واحدٍ لصاحبه صريحاً ، فذاك . فلو قالوا : اشتركنا ، واقتصرا عليه ، لم يكف ذلك ، لتسلطها على التصرف من الجانبين على الأصح عند الأكثرين . ولو أذن أحدهما للآخر في التصرف في الجميع ، ولم يأذن الآخر ، تصرف المأذون في جميع المال ، ولم يتصرف الآخر إلا في نصيبه ، وكذا لو أذن لصاحبه في التصرف في الجميع وقال : أنا لا أتصرف إلا في نصبي . ولو شرط أحدهما على الآخر أن لا يتصرف

في نصيبه ، لم يصح العقد ، لما فيه من الحجر على المالك في ملكه . ثم ينظر في المأذونة فيه ، فإن عين جنساً ، لم يتصرف المأذون في نصيب الاذن في غير ذلك الجنس . وإن قال : تصرف واتجبر فيما شئت من أجناس المال ، جاز على الصحيح . وفي وجه : لا بد من التمين .

قلت : ولو أطلق الاذن ولم يتعرض لما يتصرف فيه ، جاز على الأصح كالقراض .
وانتدأعلم

الثالث : المال المعقود عليه ، وفيه مسائل .

الاولى : تجوز الشركة في النقدين قطعاً ، ولا تجوز في المتقومات قطعاً . وفي الثلاثيات ، قولان . ويقال : وجهان ، أظهرهما : الجواز . والمراد بالنقدين ، الدرهم والدنانير المضروبة . أما التبر والحلي والسبائك ، فأطلقوا منع الشركة فيها . ويجوز أن يبنى على أن التبر مثلي أم لا ؟ وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى في كتاب الفصب . فإن جعلناه منقوماً ، لم تجز الشركة . وإلا ، فعلى الخلاف في امثلي . وأما الدرهم المغشوشة ، فقال الروياني : لا تصح الشركة فيها . وحكى في « التتمة » في صحة القراض عليها ، خلافاً مبنيّاً على جواز المعاملة بها ، إن جوزناها ، فقد ألحقنا المغشوش بالخالص ، وإلا ، فلا . فإذا جاء في القراض خلاف ، ففي الشركة أولى . وقال صاحب « العدة » : الفتوى ، جواز الشركة فيها إن استمر في البلد رواجها . قلت : هذا المنقول عن « العدة » هو الأصح . وأما قوله : أطلقوا منع الشركة في التبر إلى آخره ، فعجب ، فإن صاحب « التتمة » حكى في انعقاد الشركة على التبر والنقرة وجهين كالثلي . والمراد بصاحب « العدة » هنا ، أبو المكارم الروياني .

وانتدأعلم

ثم ما ذكرناه في المسألة من منع الشركة وجوازها ، المراد به : إذا أخرج هذا قدرأ من ماله ، وذاك قدرأ ، وجعلهما رأس مال . وتتصور الشركة على غير هذا الوجه في جميع الاموال ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى .

المسألة الثانية : إذا أخرج كل واحد قدرأ من المال الذي تجوز الشركة فيه ، وأراد الشركة ، اشترط خلط المالين خلطاً لا يمكن معه التمييز . فإن لم يعملا فلف مال أحدهما قبل التصرف ، تلف على صاحبه فقط ، وتمذر إثبات الشركة في الباقي ، فلا تصح الشركة إن اختلف الجنس كالدرهم والدنانير ، أو الصفة كاختلاف السكة ، وبكالصالح والمكسرة ، أو المثقوبة ، وكالمتينة والجديدة ، والبيضاء والسيئة . وفي البيض والسود ، وجه عن الاصطخري . وإذا جوزنا الشركة في المثليات ، وجب تساويها جنساً ووصفاً ، فلا يكفي خلط حنطة حمراء بيضاء لا مكان التمييز ، وإن كان فيه عير . وفي وجه : يكفي ، لأنه يعد خلطاً . وينبغي أن يتقدم الخلط على العقد ، فإن تأخر ، حكي في « التتمة » وجهين . أصحهما : المنع ، إذ لا اشتراك حال العقد . والثاني : الجواز إن وقع في مجلس العقد ، لأنه كالعقد . فإن تأخر عنه ، لم يجز على الوجهين . ومال الامام إلى جوازه ، لأن الشركة توكيل ، وتوكل . لكن لو قيد الاذن بالتصرف في المال المفرد ، فلا بد من تجديد الاذن . ولو ورثوا عروضاً أو اشتروها ، فقد ملكوها شائعة ، وذلك أبلغ من الخلط . فاذا انضم إليه الاذن في التصرف ، تم العقد . ولهذا قال المزني والأصحاب : الحيلة في الشركة في العروض المتقومة ، أن يبيع كل واحد نصف عرضه بنصف عرض صاحبه ، سواء تجانس العرضان أو اختلفا ، ليصير كل واحد منهما مشتركاً بينهما ، فيتقايضان ، وبأذن كل واحد منها لصاحبه في التصرف . وقال في « التتمة » : يصير العرضان مشتركين ، ويمسكان التصرف فيها بالاذن ، لكن لا تثبت أحكام الشركة في الثمن حتى يستأنفا عقداً ، وهو ناسخ ، ومقتضى إطلاق

الجمهور ، ثبوت الشركة وأحكامها مطلقاً ، وهو الصحيح . ولو لم يتبايما المرضين ، لكن باعاهما بمرض أو قد ، ففي صحة البيع ، قولان سابقا . فإن صححناها ، كان الثمن مشتركاً بينهما على التساوي أو التفاضل بحسب قيمة المرضين ، فيأذن كل واحد لصاحبه في التصرف .

قلت : وإذا باع كل واحد بعض عرضه يعض عرض صاحبه ، فهل يشترط علمها بقيمة المرضين ؟ وجهان حكاهما في « الحاوي » ، والصحيح : لا يشترط . ومن الحيل في هذا ، أن يبيع كل واحد بعض عرضه لصاحبه بشمن في ذمته ، ثم يتقاصتا . والله أعلم

الثالثة : الصحيح : أنه لا يشترط تساوي المالين في القدر ، بل تثبت الشركة مع التفاوت على نسبة المالين ، وقال الاغاطي : يشترط ، وهو ضعيف . وهل يشترط العلم حالة العقد بقدر النصيبين بأن يعرف أن المال بينهما نصفان ، أو على نسبة أخرى ؟ وجهان . أصحها : لا يشترط إذا أمكن معرفته من بعد . وماخذ الخلاف أنه إذا كان بينهما مال مشترك ، وكل واحد يجبل حصته ، فاذن كل واحد لصاحبه في التصرف في كل المال أو في نصيبه ، هل يصح الاذن ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لجهلها . وأصحها : نعم ، لأن الحق لا يمدوها . وعلى هذا تكون الاثمان بينهما حبة كالثمنات .

فرع

لو كان لها ثوبان اشتبهتا ، لم يكف ذلك لعقد الشركة ، فإن المالين متميزان ، لكن اشتبهتا .

فرع

قال أصحابنا المراقبون وغيرهم : إذا جوزنا الشركة في المثليات ، فإن استوت القيمتان ، كانا شريكين على السواء . وإن اختلفتا ، بأن كان لأحدهما قفيز قيمته مائة ، وللآخر قفيز قيمته خمسون ، فهما شريكان مثالثة ، وهذا مبني على قطع النظر في المثلي عن تساوي الاجزاء في القيمة .

فرع

لأحدهما دراهم ، وللآخر دنانير ، واشتريا شيئاً بهما ، فطريقه أن يقوّم ما ليس بنقد البلد منها بما هو نقده ، فإن استوت قيمتها ، فالشركة على التساوي ، وإلا فعلى الاختلاف .

النوع الثاني : شركة الابدان ، وهو أن يشترك الدلالان أو الحملان أو غيرهما من أهل الحرف على ما يكسبان ، ليكون بينهما متساوياً أو متفاضلاً ، وهي باطلة ، سواء اتفقا في الصنعة ، أو اختلفا ، كالخياط والنجار ، لأن كل واحد متميز ببدنه ومنافعه فاختص بفوائده ، كما لو اشتركا في ماشيتها وهي متميزة ، ليكون الدر والنسل بينهما ، فانه لا يصح . وفي وجه ضعيف : يصح سواء اتفقت الصنعة أم لا .

قلت : هذا الوجه ، حكاه صاحب « الشامل » وغيره قولاً . والله أعلم

فاذا أبطلنا ، فاكسبا ، نظر ، إن انفردا ، فلكل كسبه . وإلا فيقسم الحاصل على قدر أجرة المثل ، لا بحسب الشرط .

النوع الثالث : شركة المفاوضة ، وهي أن يشتركا ليكون بينهما ما يكسبان

ويربحان ويأزمان من غرم ويحصل من غم ، وهي باطلة . فلو استعملا لفظ
المفاوضة ، وأرادا شركة العنان ، جاز ، نص عليه . وهذا يقوي تصحيح المقود
بالكنايات .

النوع الرابع : شركة الوجوه ، وقد فسرت بصور .

أشهرها : أن يشترك وجهان عند الناس ، ليتناعا في الذمة إلى أجل ، على
أن ما يتناعه كل واحد يكون بينهما ، فيديمانه وبؤديان الاثنان ، فما فضل فهو بينهما .
الثانية : أن يتناع وجه في الذمة ، ويفوض يمه إلى خامل ، ويشترط أن يكون ربحه بينهما^(١) .
والثالثة : أن يشتري وجه لا مال له ، وخامل ذو مال ، ليكون العمل من الوجه ، والمال
من الخامل ، ويكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجه ، والربح بينهما . وبهذا
الثالث فرها ابن كج والامام . ويقرب منه ما ذكره الفزالي ، وهو أن يبيع
الوجه مال الخامل بزيادة ربح ، ليكون له بمض الربح ، وهي في الصور
كلها باطلة ، إذ ليس بينهما مال مشترك يرجع إليه عند القسمة . ثم ما يشتري أحدهما
في الصورة الأولى والثانية ، فهو له ، يختص بربحه وخسرانه ، ولا يشاركه فيه الآخر
إلا إذا صرح بالاذن في الشراء بشرط التوكيل في الشراء ، وقصد المشتري موكله^(٢) .
وأما الصورة الثالثة ، فليست بشركة في الحقيقة ، بل قراض فاسد ، لاستبداد المالك
باليد . فإن لم يكن المال تقدماً ، زاد للفساد وجه آخر .

فرع

في مسائل تتعلق بما سبق

وهي منصوصة في البويطي .

إحداها : لو أخذ جلاً لرجل ، وراوية لآخر ، وتشاركوا على أن يستقي الآخذ

(١) في الأصل : مبهماً .

(٢) في « شرح الوجيز » : وقصد المشتري توكيله .

الماء ، والحاصل بينهم ، فهو باطل . فلو استقي ، فلمن يكون الماء ؟ نقل صاحب « التلخيص » وآخرون فيه اختلاف قول ، وضعف الجمهور هذه الطريقة ، وصوبوا تفصيلاً ذكره ابن سريج ، وهو أنه إن كان الماء مملوكاً للمستقي ، أو مباحاً ، لكن قصد به نفسه ، فهو له ، وعليه لكل واحد من صاحبيه أجره المثل . وإن قصد الشركة ، فهو على الخلاف في جواز النيابة في تملك المباحات . فإن منعناها ، فهو المستقي ، وعليه الاجرة لها . وإن جوزناها وهو الأصح ، فالأمر بينهم . وفي كيفية الشركة ، وجهان . أحدهما : تقسم بينهم على نسبة أجور أمثالهم ، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد ، وحكي عن نصه في البويطي . وأصحهما عند الشيخ أبي علي وبه قطع القفال : أنه يقسم بينهم بالسوية إتباعاً لقصده ، فعلى هذا ، يرجع المستقي على كل واحد من صاحبيه بثلاث أجرة منفعة ، إذ لم يصل إليه منها إلا اثنتان ، ويرجع كل واحد من صاحبيه بثلاثي أجرة ماله على صاحبه ، وعلى المستقي . وعلى الوجه الأول : لا تراجع بينهم أصلاً .

الثانية : استأجر رجل الراوية من صاحبها ، والجل من صاحبه ، واستأجر أيضاً المستقي لاستقاء الماء وهو مباح ، نظر ، إن أفرد كل واحد بمقد ، صح والماء للمستأجر ، وإن جمع الجميع في عقد ، ففي صحة الاجارة ، قولان . كمن اشترى عينين لرجلين بشمن واحد ، فإن صححنا ، وزعت الاجرة المسماة على أجور الامثال ، وإلا ، فلكل واحد عليه أجرة المثل ، ويكون الماء للمستأجر صححنا الاجارة أم أفسدناها ، لأننا وإن أفسدناها ، فمناهم مضمونة بالاجرة ، قاله الامام . وإن نوى المستقي نفسه ، وفرعنا على فساد الاجارة ، فمن الشيخ أبي علي : أنه أيضاً للمستأجر ، وتوقف فيه الامام ، لأن منفعته غير مستحقة للمستأجر ، وقد قصد نفسه ، فليكن الحاصل له . وموضع القولين ، إذا وردت الاجارة على عين المستقي والجل والراوية ، فأما إذا أئزم ذمهم ، فتصح الاجارة قطعاً .

الثالثة : اشترك أربعة ، لأحدهم بيت رحي ، ولآخر حجر الرحي ، ولآخر
بغل يديره ، والرابع يعمل في الرحي ، على أن الحاصل من أجرة الطحن بينهم ،
فهو فاسد . ثم إن استأجر مالك الحنطة العامل والآلات من مالكيها ، وأفرد
كل واحد بمقد ، لزمه ما سمي لكل واحد ، وإن جمعهم في عقد ، فإن أُلزم
ذمهم الطحن ، صح العقد ، وكانت الاجرة المسواة بينهم أرباعاً ، ويتراجعون بأجرة
المثل ، لأن المنفعة المملوكة لكل واحد منهم قد استوفى ربعها ، حيث أخذ ربع
السمي ، وانصرف ثلاثة أرباعها إلى أصحابه ، فيأخذ منهم ثلاثة أرباع أجرة المثل .
وإن استأجر عين العامل وأعيان الآلات ، ففيه القولان السابقان . فإن أفسدنا الاجارة ،
فلكل واحد أجرة مثله . وإن صححناها ، وزع السمي عليهم ، ويكون التراجع
بينهم على ما سبق . وإن أُلزم مالك الحنطة ذمة العامل الطحن ، لزمه ، وعليه إذا
استعمل ما لأصحابه أجرة المثل ، إلا أن يستأجر منهم لإجارة صحيحة ، فعليه السمي .
الرابعة : لواحد بذر ، ولآخر أرض ، ولآخر آلة الحرث ، اشتركوا مع
رابع ليعمل ، وتكون الغلة بينهم ، فالزراع لصاحب البذر ، وعليه لأصحابه أجرة
المثل . قال في « التتمة » : فلو أصاب الزرع آفة ولم يحصل منه شيء ، فلا شيء لهم .
لأنهم لم يحصلوا له شيئاً . ولا يخفى عدول هذا عن القياس الظاهر .
قلت : الذي قاله في « التتمة » هو الصواب . والله أعلم

فصل

في حكم الشركة الصحيحة

لها أحكام .

أحدها : إذا وجد الاذن من الطرفين ، تسلط كل واحد منها على التصرف .

وتصرف الشريك كتصرف الوكيل ، لا يبيع نسيئة ، ولا بغير نقد البلد ، ولا يبيع ولا يشتري بغير فاحش إلا باذن الشريك . فان باع بالغبن الفاحش ، لم يصح في نصيب شريكه . وفي نصيبه ، قولاً تفريق الصفقة . فان لم نفرقها ، بقي المبيع على ملكهما والشركة بحالها . وإن فرقناها ، انفسخت الشركة في المبيع ، وصار مشتركا بين المشتري والشريك . وإن اشترى بالغبن ، نظر ، إن اشترى بيمين مال الشركة ، فهو كما لو باع . وإن اشترى في الذمة ، لم يقع للشريك ، وعليه وزن الثمن من خالص ماله .

فرع

ليس لأحدهما أن يسافر بمال الشركة ، ولا أن يبيع منه من غير إذن صاحبه . فان فعل ، ضمن .

الحكم الثاني : لكل واحد فسخ الشركة متى شاء ، كالوكالة . فلو قال أحدهما للآخر : عزلتك عن التصرف ، أو لاتصرف في نصيبي ، انزل الخطاب ، ولا ينزل المازل عن التصرف في نصيب المزيل . ولو قال : فسخت الشركة ، انفسخ العقد قطعاً . والمذهب : أنها ينزلات عن التصرف . وقال في التتمة : في بقاء تصرفها ، وجهان إن كانا صرحا في عقد الشركة بالاذن . ووجه البقاء : استمراره حتى يأتي بصريح العزل .

فرع

تنفسخ الشركة بموت أحدهما أو جنونه أو إغمائه ، كالوكالة . ثم في صورة الموت ، إن لم يكن دين ولا وصية ، فللوارث الخيار بين القسمة وتقرير الشركة

إن كان رشيداً ، فإن كان مولياً عليه لصغره أو جنونه ، فمل وليه ما فيه حظه من الأمرين . وإنما تنقرر الشركة بمقد مستأنف ، فإن كان على الميت دين ، فليس للوارث تقرير الشركة إلا بعد قضاء الدين . وإن كان هناك وصية لمعين ، فهو كأحد الورثة . فإن كان غير معين ، كالفقراء ، لم يصح تقرير الشركة حتى تخرج الوصية . ثم هو كما لو لم تكن وصية .

الحكم الثالث : أن الربح بينها على قدر المالين ، شرط ذلك ، أم لا ، تساوي في العمل ، أم تفاوت . فإن شرطاً التساوي في الربح مع التفاوت في المال ، أو التفاوت في الربح مع التساوي في المال ، فسدت الشركة على المذهب ، وبه قطع الأصحاب . وحكى الإمام وجهاً آخر : أنها لا تفسد ، ويوزع الربح على قدر المالين . ولعل الخلاف راجع إلى الاصطلاح ، فأطلق الجمهور لفظ الفساد ، وامتنع منه بعضهم لبقاء أكثر الأحكام . فلو اختص أحدهما بزيادة عمل ، وشرط له زيادة ربح ، فوجهان . أحدهما : صحة الشرط ، ويكون الزائد على حصة ملكه في مقابلة العمل ، ويتركب العقد من شركة وقراض . وأصحها : المنع ، كما لو شرط التفاوت في الخسران ، فإنه يلغو ويوزع الخسران على المال ، ولا يصح جعله قراضاً ، فإن هناك يقع العمل مختصاً بمال المالك ، وهنا بملكيتها . ومتى فسد الشرط ، لم يؤثر في فساد التصرف ، لوجود الإذن ، ويكون الربح على نسبة المالين ، ويرجع كل واحد على صاحبه بأجرة مثل عمله في ماله . فإن تساوى في المال والعمل ، فنصف عمل كل واحد يقع في مقابلة ماله ، فلا أجرة فيه ، ونصفه في مال صاحبه ، ويستحق صاحبه مثل بدله عليه ، فيقع في التقاص . وإن تفاوت في العمل مع استواء المال ، فساوى عمل أحدهما مائتين ، والآخر مائة . فإن كان عمل من شرط له الزيادة أكثر ، فنصف عمله مائة ، ونصف عمل صاحبه خمسون ، فيبقى له بعد التقاص خمسون . وإن كان عمل صاحبه أكثر ، ففي رجوعه بخمسين على من شرط له الزيادة ، وجهان .

أحدهما : الرجوع ، كما لو فسد القراض . وأصحها : المنع . ويجري الوجهان ، فيما لو فسدت الشركة ، واختص أحدهما بأصل التصرف والعمل ، هل يرجع بنصف أجرة عمله على الآخر ؟ أما إذا تفاوتا في المال ، فكان لأحدهما ألف ، والآخر ألفان ، وتفاوتا في العمل ، فعمل صاحب الأكثر أكثر ، بأن يساوى عمله مائتين ، وعمل الآخر مائة ، فثلثا عمله في ماله ، وثلثه في مال صاحبه ، وعمل صاحبه بالعكس ، فيكون لصاحب الأكثر ثلث المائتين على الأقل ، ولصاحب الأقل ثلثا المائة على صاحب الأكثر ، وقدرهما متفق ، فيقع في التقاص . وإن كان عمل صاحب الأقل أكثر ، والتفاوت كما صورنا ، فثلث عمل صاحب الأقل في ماله وثلثاه في مال صاحبه ، وثلثا عمل صاحب الأكثر في ماله ، وثلثه في مال شريكه ، فيبقى لصاحب الأقل على الأكثر مائة بعد التقاص . ولو تساوى في العمل ، فلصاحب الأقل ثلثا المائة على صاحب الأكثر ، ولصاحب الأكثر ثلث المائة عليه ، فثلث تقاص ، ويبقى لصاحب الأقل ثلث المائة .

فرع

ما ذكرناه من حكم الفساد عند تغيير نسبة الربح ، يجري في سائر أسباب فساد الشركة . لكن قال الامام : لو لم يكن بين المالين شيوع ، وخلط ، فلا شركة هنا على التحقيق ، بل ثمن كل مال يختص بمالكه ، ولا يقع مشتركا . والكلام في الصحة والفساد ، إنما يكون بعد حصول نفس الشركة . وإن جرى توكيل من الجانبين ، لم يخف حكمه .

فرع

إذا جورنا شرط زيادة ربح لمن اختص بزيادة عمل ، فلم يشترطه ، ولا اشترطا

توزيع الربح على قدر المالين ، بل أطلقا ، فذكر صاحب « التقريب » ، والشيخ أبو محمد ، خلافاً في أن الربح يوزع على المالين ، وتكون زياد العمل تبرعاً ، أم ثبت للزيادة أجرة تخريجاً عما إذا استعمل صانعاً ولم يذكر أجرة . ثم إذا شرطاً زيادة ربح لمن زاد عمله ، هل يشترط استقلاله باليد كالقراض ؟ أم لا كسائر الشراك ؟ وجهان . وكذا لو اشترطاً انفراد أحدهما بالعمل . والخلاف في جواز اشتراط زيادة الربح لمن زاد عمله ، جارٍ فيما إذا شرط انفراد أحدهما بالتصرف ، وجعل له زيادة ربح . وقيل : يجوز هنا ، ولا يجوز إذا اشتركا في أصل العمل ، لأنه لا يدرى أن الربح بأي عمل حصل .

الحكم الرابع : أن يد كل منهما يد أمانة كالودع . فإذا ادعى رد المال إلى شريكه ، أو تلفاً ، أو خسراناً ، صدق . فإن أسند التلف إلى سبب ظاهر ، طوب بالينة على السبب . فإذا أقامها ، صدق في الهلاك به . ولو ادعى أحدهما خيانة صاحبه ، لم يسمع حتى يبين قدر ما خاف به . فإذا بين ، فالقول قول المنكر مع يمينه . ولو كان في يد أحدهما مال ، فقال : هو لي ، صدق بيمينه . ولو اشترى شيئاً وقال : اشتريته لنفسي ، وقال الآخر : بل للشركة ، أو عكسه ، فالقول قول المشتري ، لأنه أعلم بقصده . ولو قال صاحب اليد : اقتسمنا ، وهذا نصيبي ، وقال الآخر : هو مشترك ، فالقول قول الثاني . ولو كان في أيديهما أو في يد أحدهما مال ، وقال كل واحد : هذا نصيبي من المشترك ، وأنت أخذت نصيبك ، حلفا ، وجعل المال بينهما . فإن نكل أحدهما ، قضى للحالف .

فرع

بينهما عبد ، باعه أحدهما بأذن شريكه ، وأذن له في قبض الثمن ، أو قلناه :

للوكيل بالبيع قبض الثمن ، ثم اختلف الشريكان في قبض الثمن ، فذلك بتصور على وجهين . أحدهما : أن يقول الشريك للبائع : قبضت كل الثمن ، فسلم إلي نصيبه ، ويوافق المشتري على أن البائع قبض ، وينكر البائع ، فيبرأ المشتري عن نصيب الذي لم يبيع ، لاعترافه ببراءته . ثم هنا خصومة بين البائع والمشتري ، وخصومة بين الشريكين ، وربما تقدمت الأولى على الثانية ، وربما تأخرت . فإن تقدمت ، نظر ، إن قامت للمشتري بينة على الاداء ، اندفعت عنه مطالبة البائع . فإن شهد له الشريك ، لم يقبل في نصيبه . وفي نصيب البائع القولان في تبويض الشهادة . وإن لم يقم بينة ، فالقول قول البائع بيمينه أنه لم يقبض . فإن حلف ، أخذ نصيبه من المشتري ، ولا يشاركه الذي لم يبيع فيه ، لأنه يزعم أن ما يأخذه الآن ظلم . وإن نكل ، وحلف المشتري ، انقضت عنه المطالبة . وإن نكل المشتري أيضاً ، فوجهان . قال ابن القطان : لا يلزمه نصيب البائع ، لأننا لا نقضي بالنكول . والصحيح : أنه يلزمه ، لأنه ليس قضاءً بالنكول ، بل مؤاخذه باعترافه بلزوم المال بالشراء . فإذا انقضت خصومة البائع والمشتري ، فطلب الشريك حصته من البائع لزعمه أنه قبض الثمن ، فالقول قول البائع بيمينه أنه لم يقبض إلا نصيبه بعد الخصومة . فإن نكل البائع ، حلف الشريك وأخذ منه نصيبه ، ولا يرجع به البائع على المشتري ، لأنه يزعم أن شريكه ظلمه ، ولا يمنع البائع من الحلف نكوله على اليمين في الخصومة مع المشتري ، لأنها خصومة أخرى مع آخر . أما إذا تقدمت خصومة الشريكين ، فادعى الذي لم يبيع على البائع قبض الثمن ، وطلب حقه ، فعليه البينة ، ولا تقبل شهادة المشتري له . فإن لم تكن بينة ، حلف البائع ، فإن نكل ، حلف المشتري وأخذ نصيبه من البائع . فإذا انقضت خصومة الشريكين ، فطالب البائع المشتري بحقه ، أخذ بيمينه . فإن نكل ، حلف المشتري وبرأ . ولا يمنع البائع من الحلف وطلب حقه من المشتري نكوله في الخصومة الأولى مع شريكه . وفي وجهه :

ينعنه ، وهو ضيف باتفاق الأصحاب . وعلى ضعفه ، قال الإمام : القياس طرده فيما إذا تقدمت خصومة البائع والمشتري ، ونكل البائع ، وحلف المشتري . حتى يقال : تثبت للشريك مطالبة البائع بنصيبه من غير تجديد خصومة .

الوجه الثاني : أن يقول البائع للشريك : قبضت الثمن كله ، وصدقه المشتري ، وأنكر الشريك ، فله حالان .

أحدهما : أن يكون الشريك مأذوناً من جهة البائع في قبض الثمن ، فيراً للمشتري من نصيب البائع ، لاعترافه بأن وكيله قبضه . ثم تتصور خصومتان كما سبق ، فإن تخاصم الشريك والمشتري ، فالقول قول الشريك ، فيحلف ويأخذ نصيبه ، ويسلم له المأخوذ . وإن تخاصم البائع والشريك ، حلف الشريك . فإن نكل ، حلف البائع وأخذ حقه منه ، ولا رجوع له على المشتري . وكل هذا ، كما سبق في النزاع الأول . ولو شهد البائع للمشتري ، لم يقبل ، لأنه يشهد لنفسه .

الحال الثاني : أن يكون غير مأذون ، فلا تبرأ ذمة المشتري عن شيء من الثمن . ثم يكون البائع مأذوناً من جهة الشريك في القبض ، وتارة لا . فإن كان ، فله مطالبة المشتري بنصيبه ، وليس له مطالبته بنصيب الشريك ، لأنه لما أقر

بقبض الشريك نصيب نفسه ، صار معزولاً . ثم إذا تخاصم الشريك والمشتري ، فعلى المشتري البينة بالقبض . فإن لم تكن ، فالقول قول الشريك . فإذا حلف ، ففيمن يأخذ حقه منه ؟ وجهان . أحدهما : قال المزني وابن القاص وآخرون : إن شاء أخذ تمام حقه من المشتري ، وإن شاء شارك البائع في المأخوذ وأخذ الباقي من المشتري ، لأن الصفقة واحدة ، فكل جزء من الثمن شائع بينها . فإذا شارك ، لم يبق للبائع إلا ربع الثمن . وقال ابن سريج وغيره : ليس له إلا الأخذ من المشتري ، ولا يشارك البائع فيما أخذه ، لأن البائع انزل عن الوكالة بإقراره أن

الشريك أخذ حقه ، فما يأخذه بعد الانزال ، يأخذه لنفسه فقط . وهذا الوجه استحسنة الشيخان : أبو حامد وأبو علي . ولو شهد البائع للمشتري على الشريك بقبض الثمن ، فعلى قول المازني : لا تقبل شهادته ، لأنه يدفع بها شركة صاحبه فيما أخذه . وعلى ما ذكره ابن سريج : تقبل .

القسم الثاني : أن لا يكون البائع مأذوناً في القبض ، قال العراقيون : للبائع مطالبة المشتري بحقه ، وما يأخذه يسلم له ، وتقبل شهادته المشتري على الشريك . ويجيء وجه : في مشاركة صاحبه ، وفي قبول الشهادة . وحكى الحناطي وجهاً : أن أحد الوارثين ، لو قبض من الدين قدر حصته ، لم يشاركه الآخر ، إلا أن يأذن له المديون في الرجوع عليه ، أو لا يجد مالاً سواه . والصحيح : المشاركة مطلقاً . ولو ملكا عبداً ، فباعاه صفقة ، فهل ينفرد أحدهما بقبض حصته من الثمن؟ وجهان . أحدهما : لا . فلو قبض شيئاً ، شاركه الآخر كالإيراث . وأرجحها : نعم ، كما لو انفرد بالبيع .

فرع

بينهما عبد ، فغصب غاصب نصيب أحدهما ، بأن نزل نفسه منزله ، فأزال يده ، ولم يزل يد صاحبه ، يصح من الذي لم يغصب نصيبه ببيع ، ولا يصح من الآخر بيع نصيبه إلا للغاصب ، أو لقادر على أخذه من الغاصب . فلو باع الغاصب والذي لم يغصب نصيبه ، جميع العبد صفقة واحدة بطل في نصيب الغاصب ، وصح في نصيب المالك ، ولا يخرج على تفريق الصفقة ، لأن الصفقة تعدد بتعدد البائع . وقيل : يبنى نصيب المالك ، على أن أحد الشريكين إذا باع نصف العبد مطلقاً ، ينصرف إلى نصيبه . أم يشيع ؟ فيه وجهان مذكوران في كتاب الصق . فان قلنا :

ينصرف إلى نصيبه ، صبح ، وإلا فيطل في ثلاثة أرباع البعد . وفي ربه قولا
تفريق الصفقة . ولا ينظر إلى هذا البناء إذا باع المالكان معاً ، وأطلقا ، ولا يحمل
كما لو أطلق كل واحد يسع نصف البعد ، لأن هناك تناول المقدّر الصحيح جميع
البعد . وهذان الفرعان ، غير مختصين بباب الشركة ، لكن ذكرهما الأصحاب هنا .
قلت : هذه مسائل مثورة .

إحداها : يستحب اشتراك المسافرين في الزاد مجلساً مجلساً ، نص عليه أصحابنا ،
وصحت فيه الأحاديث [والله أعلم] . وترك بياضاً في الأصل (١) .



(١) في هامش نسخة الظاهرية ما يلي : بياض كثير في الأصل نحو ثلثي صفحة ، ثم كتب أول الصفحة
بعدها ما نصه : المجلد الثانية من روضة الطالبين ومنهاج المفتين ، اختصار الفقير إلى رحمة ربه ومغفرته
ولطفه ورعايته يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن محمد بن حزام النواوي عفا الله عنه ،
اختصره من «شرح الوجيز» للإمام المحقق المتبحر أبي القاسم الرافعي رضي الله عنه ، ثم قال بعده في أثناء
الصفحة ما نصه : قال مختصره يحيى عفا الله عنه : ابتدأت في هذه المجلدة يوم الجمعة أول ذي الحجة سنة
سبع وستين وستائة . انتهى ، ثم بيض إلى آخر الصفحة ، ثم كتب أول الصفحة بعدها بالبسملة ، ثم
كتاب الوكالة اهـ .

كتاب الوكالة

فيه ثلاثة أبواب .

[الباب الأول في أركانها]

وهي أربعة .

الأول : ما فيه التوكيل . وله شروط .

الأول : أن يكون مملوكاً له . فلو وكله في طلاق من سينكحها ، أو يبيع عبد سيملكه ، أو إعتاق من سيملكه ، أو قضاء دين سيلزمه ، أو تزويج بنته إذا انقضت عدتها أو طلقها زوجها ، وما أشبه ذلك ، لم يصح على الأصح .

الشرط الثاني : أن يكون قابلاً للنيابة . والذي يفرض فيه النيابة ، أنواع .

منها العبادات . والأصل ، امتناع النيابة فيها . ويستثنى الحج ، والزكاة ، والكفارات ،

والصدقات ، وذبح الهدي ، والأضحية ، وركعتا الطواف من الأجير . وفيهما كلام

يأتي في الوصايا إن شاء الله تعالى . وفي صوم الولي عن الميت ، خلاف سبق في

موضعه . وألحق بالعبادات ، الشهادات ، والأيمان . ومن الأيمان : الإيلاء ، واللعان

والقسامة ، فلا يصح التوكيل في شيء منها قطعاً ، ولا في الظهار على الأصح . وفي

معنى الأيمان ، النذور ، وتعليق الطلاق ، والعق ، وكذا التدبير على المذهب . وقيل :

إن قلنا : إنه وصية ، جاز . ومنها ، المعاملات ، فيجوز التوكيل في طرفي البيع بأنواعه ،

كالسلم ، والصرف ، والتولية ، وغيرها ، وفي الرهن ، والهبة ، والصالح ، والابراء ،

والحوالة ، والضمان ، والكفالة ، والشركة ، والمضاربة ، والاجارة ، والجمالة ،

والمساقاة ، والإيداع ، والاعارة ، والأخذ بالشفعة ، والوقف ، والوصية ، وقبولها .

وفي وجه شاذ : لا يجوز التوكيل في الوصية ، لأنها قربة . ويجوز التوكيل في طرفي

النكاح والخلع ، وفي تنجيز الطلاق والاعتاق والكتابة ونحوها . ويجوز في الرجعة على الأصح . ولو أسلم على أكثر من أربع نسوة ، فوكل بالاختيار ، أو طلق إحدى امرأته ، أو أعتق أحد عبديه ، ووكل بالتعيين ، لم يصح . قلت : لو أشار إلى واحدة وقال : وكلتك في تعيين هذه الطلاق ، أو النكاح ، أو أشار إلى أربع من المسلمات ، فقال : وكلتك في تعيين النكاح فيهن ، فهو كالنوكيل في الرجعة ، فيصح على الصحيح ، قاله في « التتمة » . والله أعلم

ويجوز التوكيل في الاقالة وسائر الفسوخ ، لكن ما هو على الفور ، قد يكون التأخير بالتوكيل فيه تقصيراً . وفي التوكيل في خيار الرؤية ، خلاف سبق . ويجوز التوكيل في قبض الأموال ، مضمونة كانت أو غيرها ، وفي قبض الديون وإقباضها ، ومنها : الجزية ، يجوز في قبضها وإقباضها . وفي وجه : يمتنع توكيل الذمي مسلماً فيها .

قلت : قال أصحابنا : ويجوز توكيل أصناف الزكاة في قبضها لهم . والله أعلم

ومنها : العاصي ، كالقتل ، والسرقة ، والنصب ، والقذف ، فلا مدخل للتوكيل فيها ، بل أحكامها تثبت في حق مرتكبها ، لأن كل شخص بعينه مقصود بالامتناع منها .

فرع

في التوكيل في تملك الباحات ، كاحياء الموات ، والاحتطاب ، والاصطياد ، والاستقاء ، وجهان . أصحابها : الجواز . فيحصل الملك للوكل إذا قصد الوكيل له ، لأنه أحد أسباب الملك ، فأشبه الشراء .

قلت : هكذا حكاهما وجهين تقليداً لبعض الخراسانيين ، وهما قولان مشهوران.
والله أعلم

ولو استأجره ليحتطب له ، أو ليستقي ، قال في « التهذيب » : هو على الوجهين.
وبالمنع أجاب ابن كج . وقطع الامام بالجواز ، وقاس عليه وجه جواز التوكيل .
قلت : الأصح : قوله في « التهذيب » . وسلك الجرجاني في كتابه « التحرير »
طريقة أخرى فقال : يجوز التوكيل في الاحتطاب ونحوه بأجرة ، وفي جوازه بغيرها
وجهان . ولا يجوز في إحياء الموات بلا أجرة ، ويجوز بأجرة على الأصح .
والله أعلم

فرع

التوكيل بالافرار ، صورته أن يقول : وكلتك لتُفِرَّ عني لفلان بكذا ، وفيه وجهان .
أصحها عند الأكثرين : لا يصح ، لأنه خبر ، فأشبه الشهادة . فعلى هذا ، هل
يجعل مقراً بنفس التوكيل ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، قاله ابن القاص ، واخاره الامام .
وأصحها عند البغوي : لا ، كما أن التوكيل بالابراء لا يكون إبراءً .
قلت : قول ابن القاص أصح عند الأكثرين . وإذا صححنا التوكيل ، لم
يلزمه شيء قبل إقرار التوكيل على الصحيح الذي قطع به الجمهور ، وفي « الحاوي »
و « المستظري » وجه : أنه يلزمه بنفس التوكيل . والله أعلم

وإذا صححنا التوكيل ، فينبغي أن يبين الوكيل جنس المقر به وقدره . فلو
قال : أقر عني لفلان بشيء ، فأقر ، أخذ الوكيل (١) بتفسيره . ولو اقتصر على قوله :
(١) في مخطوطات الظاهرية : الموكل .

أقر عني لفلان ، فوجهان . أحدهما : هو كقوله : أقر عني بشيء . وأصحها : لا يلزمه شيء بحال ، لاحتمال أنه يريد الإقرار بلم أو شجاعة ، لا بحال . قلت : ولو قال : أقر عني لفلان بألف له علي ، فهو إقرار بلا خلاف ، صرح به الجرجاني وغيره . والله أعلم

فرع

للمدعي والمدعى عليه التوكيل في الخصومة ، رضي الخصم أم لم يرض ، وليس لصاحبه الامتناع من مخاصمة الوكيل ، سواء كان للموكل عذر ، أم لا ، وسواء كان المطلوب بالتوكيل في الخصومة مالا ، أو عقوبة لآدمي ، كالقصاص وحد القذف . وأما حدود الله تعالى ، فلا يجوز التوكيل في إثباتها ، لأنها مبنية على الدبر .

فرع

يجوز التوكيل في استيفاء حدود الله تعالى للامام ، والسيد في حد مملوكه ، ويجوز للوكيل استيفاء عقوبات الآدميين بحضرة المستحق . وفي غيبته ، طرق . أشهرها على قولين . أظهرهما : الجواز . والطريق الثاني : الجواز قطعاً . وثالث : المنع قطعاً .

قلت : قال ابن الصباغ : ولا يصح التوكيل في الالتقاط قطعاً ، كما لا يجوز في الاغتنام . فإن التقط ، أو غنم ، كان له دون الموكل . قال صاحب البيان : ينبغي أن يكون الالتقاط على الخلاف في تملك الباحات . وما قاله ابن الصباغ ، أقوى . ولو اضطرف رجلان ، فأراد أحدهما أن يفارق المجلس قبل القبض ، فوكل وكيلاً

في ملازمة المجلس ، لم يصح ، وينسخ المقدم بمفارقة الموكل ، لأن التنفيذ منوط بملازمة العاقد . فلو مات العاقد ، فهل يقوم وارثه مقامه في القبض ليقبض المقدم فيه وجهان حكاهما الامام والفرزالي في « البسيط » بناءً على بقاء خيار المجلس .

والله أعلم

الشرط الثالث : أن يكون ما وكل فيه معلوماً من بعض الوجوه ، بحيث لا يعظم الضرر . وسواء كانت الوكالة عامة أو خاصة . أما العامة ، ففيها طريقة لامام الحرمين والفرزالي ، وطريقة للأصحاب . فأما طريقتهما ، فقالا : لو قال : وكلتك في كل قليل وكثير ، فباطلة . وإن ذكر الأمور المتعلقة به مفصلة ، فقال : وكلتك في بيع أملاكي ، وتطبيق زوجاتي ، وإعتاق عبيدي ، صح توكيه . ولو قال : وكلتك في كل أمر هو مالي مما يقبل التوكيد ، ولم يفصل أجناس التصرفات ، فوجهان . أصحابها : البطلان . وأما طريقة سائر الأصحاب ، فقالوا : لو قال : وكلتك في كل قليل وكثير ، أو في كل أموري ، أو في جميع حقوقي ، أو في كل قليل وكثير من أموري ، أو فوضت إليك جميع الأشياء ، أو أنت وكيلني فتصرف في مالي كيف شئت ، لم تصح الوكالة . قالوا : ولو قال : وكلتك في بيع أموالي ، أو استيفاء ديوني ، أو استرداد ودائمي ، أو إعتاق عبيدي ، صحت ، وهذه الطريقة هي الصحيحة نقلاً ومعنى ، وقد نص [عليها] الشافعي رضي الله عنه . وأما الوكالة الخاصة ، ففيها صور .

إحداها : لو وكله في بيع جميع أمواله ، أو قضاء ديونه واستيفائها ، صح قطعاً . ولا يشترط كون أمواله معلومة على الصحيح . وكلام البغوي ، يقتضي اشتراطه . وفي فتاوى القفال : لو قال : وكلتك في استيفاء ديوني على الناس ، جاز

وإن كان لا يعرف من عليه الدين ، وأنه واحد أو جماعة كثيرة ، وأي جنس ذلك الدين . أما إذا قال : بيع بعض مالي ، أو طائفة منه ، أو سها ، فلا يصح ، لجہاته من الجملة . وكأن الشرط أن يكون الموكل فيه معلوماً أو يسهل علمه . ولو قال : بيع ما شئت من مالي ، أو اقبض ما شئت من ديوني ، جاز ، ذكره في « المذهب » و « التهذيب » . وفي « الحلية » ما يخالفه ، فانه قال : لو قال : بيع من رأيت من عبيدي ، لم يصح حتى يميز .

قلت : هذا المذكور عن « المذهب » هو الصحيح المعروف . قال في « التهذيب » : ولا يجوز أن يبيع الكل إلا أن يقبض الكل ^(١) . وأما قول صاحب « الحلية » ، ففي « البيان » أيضاً عن ابن الصباغ نحوه ، فانه قال : لو قال : بيع ما تراه من مالي ، لم يجز . ولو قال : ما تراه من عبيدي ، جاز ، وكلاهما شاذ ضعيف . وهذا النقل عن « الحلية » ، إن كان المراد به « الحلية » الروياني فغلط ، فان الذي في « حلية » الروياني : لو قال : بيع من عبيدي هؤلاء الثلاثة من رأيت ، جاز ، ولا يبيع الجميع ، لأن « من » للتبعض . ولو وكله أن يزوجه من شاء ، جاز ، ذكره القاضي أبو حامد ، وهذا لفظ الروياني في « الحلية » بحروفه . وقد صرح إمام الحرمين ، والنزالي في « البسيط » ، بانه إذا قال : بيع من شئت من عبيدي ، لا يبيع جميعهم ، لأن « من » للتبعض . فلو باعهم إلا واحداً ، جاز ، قال أصحابنا : لو قال : بيع هذا العبد ، أو هذا ، لم يصح . ولو وكله ليهب من ماله ما يرى ، قال في « الحاوي » : لا يصح . وقياس ما سبق ، أنه يصح . والله أعلم

الثانية : التوكيل في الشراء .

ولا يكفي [فيه] أن يقول : اشتري شيئاً ، أو حيواناً ، أو رقيقاً ، بل يشترط أن يبين أنه عبد أو أمة والنوع ، كالتركي والهندي وغيرها . ولا يشترط

(١) في مخطوطة الظاهرية : ولا أن يقبض الكل .

استقصاء أوصاف السلم ، ولا ما يقرب منها بلا خلاف. فان اختلفت أصناف نوع
اختلافاً ظاهراً ، قال الشيخ أبو محمد: لا بد من التعرض للصنف . وأما الثمن ، فلا
يشترط بيان قدره على الأصح . وعلى الثاني: يشترط بيان قدره أو غايته، بأن يقول:
من مائة إلى ألف . وحكى صاحب « التقریب » وجهاً : أنه يصح التوكيل بشراء
عبد مطلقاً ، وهذا الوجه ، ضعيف جداً . وإذا طرد في قوله: اشتر شيئاً، كان أبعد .
قلت : ذكر في « البسيط » تردداً في قوله: اشتر شيئاً تفرعاً على هذا الوجه .

وانتاعلم

ولو قال : اشتر لي عبداً كما تشاء، فقليل : يصح، كما لو قال في القراض : اشتر
من شئت من العبيد . والصحيح الذي عليه الأكثرون : لا يصح . والفرق ، أن
المقصود هناك ، الربح ، والعامل أعرف به. ولو وكله في شراء دار، يشترط ذكر
الحلة والسكة . وفي الحانوت يذكر السوق ، وعلى هذا القياس .

قلت : وفي ذكر الثمن ، الوجهان . وانتاعلم

الثالثة : التوكيل في الإبراء ، يشترط فيه علم الموكل إذا قلنا بالأظهر: إنه
لا يصح الإبراء عن المجهول كما سبق في « كتاب الضمان » . ولا يشترط علم الوكيل
على الأصح ، وبه قطع القاضي والغزالي. وفي « المذهب » و « التهذيب » : اشترط علمه
بجنسه وقدره كما لو قال : [بع] بما باع به فلان فرسه ، فإنه يشترط لصحة البيع
علم الوكيل دون الموكل . ولا يشترط في الإبراء علم من عليه الحق على الصحيح ،
والخلاف فيه مبني على ما سبق أن الإبراء إسقاط أو تمليك . فان قلنا : تمليك ،
اشترط علمه كالتهب ، وإلا ، فلا . ثم إن كانت صيغته: أبرء فلاناً عن ديني، أبرأه
عن جميعه . وإن قال: عن شيء منه ، أبرأه عن قليل منه . وإن قال : عما شئت،
أبرأه عما شاء ، وأبقى شيئاً .

قلت : قوله : أبرئه عن قليل منه ، يعني أقل ما ينطلق عليه اسم الشيء ، كذا صرح به في « التتمة » ، وهو واضح . ولو قال : أبرئه عن جميعه ، فأبرأه عن بعضه ، جاز ، بخلاف ما لو باع بمض ما أمره ببيعه . والله أعلم

الرابعة : قال : وكلتك في مخاصمة خصامي ، وأطلق ، صح على الأصح وصار وكيلاً في جميع الخصومات . وقيل : يشترط تعيين من يخاصمه ، لاختلاف الفرض به .
الركن الثاني : الموكل .

تشرط فيه صحة مباشرته بملك أو ولاية ، فيخرج منه الصبي ، والمجنون ، والمغنى عليه ، والنائم ، والمرأة في التزويج ، والفاسق في تزويج بنته إذا لم نجمله ولياً . وأما السكران ، فتوكيله كسائر تصرفاته ، ويدخل فيه توكيل الأب والجدة في التزويج والمال . وأما الأخ والمم وغيرهما مما لا يحجر ، ففي توكيلهم في التزويج وجهان يذكران في النكاح إن شاء الله تعالى . وأما الوكيل في البيع ونحوه ، فلا يملك التوكيل إلا إذا أذن له الموكل ، أو دلت عليه قرينة . وسيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى . وفي معناه ، توكيل البعد المأذون . وأما المحجور عليه بسفه ، أو فلس ، أو رق ، فيجوز توكيله فيما يستقل به من التصرفات ، ولا يجوز فيما لا يستقل به إلا بعد إذن الولي ، والولي ، والفريم . ومن جوز التوكيل في بيع عبد سيملكه ، بقياسه جواز توكيل المحجور عليه فيما سيأذن فيه الولي ، ولم يتعرض له .

قلت : [قد يمكن الفرق ، بأن الخلل هناك^(١) في عبارة المحجور عليه . والله أعلم

ويستثنى مما سبق ، بيع الأعمى ، وشراؤه . فإنه يصح التوكيل فيه ، وإن لم يصح من الأعمى للضرورة .

(١) في مخطوطة الظاهرية : هنا .

قلت : قال في « الحاوي » : للأب والوصي والقيم أن يوكل في بيع مال الطفل ، إن شاء عن نفسه ، وإن شاء عن الطفل . وفي جوازه عن الطفل ، نظر . والله أعلم

الركن الثالث : الوكيل .

وشروطه صحة مباشرته ذلك الشيء لنفسه ، بأن يكون صحيح العبارة فيه ، فلا يصح توكيل الصبي والمجنون في التصرفات . وفي جواز اعتماد قول الصبي في الإذن في دخول الدار والملك عند إيصاله الهدية وجهان ، وسبقا في البيع . فإن جوزناه ، فهو وكالة من الآذن والمهدي . وعلى هذا ، لو وكل الصبي فيه غيره ، فالقياس تخريجه على الخلاف . والتفصيل في أن الوكيل ، هل يوكل ؟ فإن جاز ، صار الصبي أهلاً للتوكيل ، ولا يصح كون المرأة والمُحرم وكيلين في النكاح . وفي توكيل العبد في الشراء ونحوه ، وجهان سبقا في باب مدانة العبد . وفي توكيله في قبول النكاح بغير إذن سيده ، وجهان . أصحهما : الجواز .

قلت : وفي توكيله فيه باذن السيد أيضاً ، وجهان في « الشامل » و « البيان » ، وقطعا بالمنع بغير إذنه ، واختار الجواز مطلقاً . والله أعلم

وفي توكيله في الإيجاب وجهان . أصحهما : المنع ، لأنه لا يزوج بنته ، فبنت غيره أولى ، كذا صححه الجمهور ، وقطع به جماعة . وتوكيل المحجور عليه لسفه في طرفي النكاح ، كتوكيل العبد . والفاسق في الإيجاب إذا سلبناه الولاية ، كالعبد ، وفي القبول يصح قطعاً . والمحجور عليه لفاس ، يوكل فيما لا يلزم ذمته عهدة قطعاً ، وفيما يلزمها أيضاً على الأصح ، كما يصح شراؤه على الصحيح .

فرع

يصح توكيل المرأة في طلاق غيرها على الأصح ، كما يصح أن يفوض إليها طلاق نفسها . قال في « التتمة » : ولا يصح توكيلها في رجعة نفسها ، ولا رجعة غيرها ، لأن الفرج لا يستباح بقول النساء . ولا يصح توكيلها في الاختيار في النكاح إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة . وفي الاختيار للفراق وجهان ، لأنه يتضمن اختيار الأربع للنكاح .

قلت : الأصح : لا يصح . والله أعلم

فرع

توكيل المرتد في التصرفات المالية ، يبنى على بقاء ملكه وزواله . إن أبقيناه ، صح ، وإن قطعناه ، فلا ، وإن وقفناه ، فكذا التوكيل . ولو وكل ، ثم ارتد ، ففي انقطاع التوكيل ، الأقوال الثلاثة . ولو وكل رجل مرتداً ، أو ارتد الوكيل ، لم يقدح في الوكالة ، لأن الخلاف في تصرفه لنفسه ، لا لغيره ، كذا نقل الأصحاب عن ابن سريج . وفي « التتمة » : أنه مبني على أنه يصير محجوراً عليه ، إن قلنا : نعم ، انزل ، وإلا ، فلا .

قلت : ولو وكل المسلم كافراً ليقبل له نكاح مسلمة ، لا يصح . ولو وكله في قبول كتابية ، صح . وإن وكله في طلاق مسلمة ، فوجهان ، لأنه لا يملك طلاق مسلمة ، لكن يملك طلاقاً في الجملة . وللمكاتب أن يوكل غيره في البيع والشراء وسائر التصرفات التي تصح منه ، ولا يملك التوكيل في التبرع بغير إذن سيده . وبإذنه قولان ، بناءً على صحته بإذنه . ولو وكل رجل مكاتباً بجمل يفي

بأجرته ، جاز . وبغير جمل ، له حكم تبرعه . والله أعلم

الركن الرابع : الصيغة . فيه مسائل .

الأولى : لا بد من جهة الموكل من لفظ دال على الرضى ، كقوله : وكلتك في كذا ، أو فوضته إليك ، أو أنبتك فيه ، وما أشبهه . ومثله : بيع أو أعتق ونحوهما . وأما القبول ، فيطلق بمعنيين . أحدهما : الرضى والرغبة فيما فوض إليه ، ونقيضه الرد . والثاني : اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في البيع وسائر المعاملات . ويمتد في الوكالة القبول بالمعنى الأول . حتى لو رد قُبل : لا أقبل ، أو لأفعل ، بطلت الوكالة . فلو رد ثم ندم ، وأراد أن يفعل ، لم يحز ، بل لا بد من إذن جديد ، لأن الوكالة جائزة ، ترتفع في الدوام بالفسخ ، فارتدادها بالرد في الابتداء أولى . وأما المعنى الثاني وهو القبول لفظاً ، ففيه أوجه . أحدها : لا يشترط . والثاني : يشترط . والثالث : إن أتى بصيغة عقد ، كـ : وكلتك ، وفوضت إليك ، اشترط . وإن أتى بصيغة أمر ، نحو : بيع ، واشتر ، لم يشترط . فإن شرطنا القبول لفظاً ، فهل يشترط على الفور كالبيع ، أم في المجلس وإن طال ؟ أم يجوز أبداً وإن فارق المجلس ، كالوصية ؟ فيه أوجه ، الصحيح : الثالث . وأما القبول بالمعنى الأول ، فلا يشترط فيه التعجيل بحال بلا خلاف . وإذا لم شرط القبول ، فوكاله ، والوكيل لا يعلم ، ثبتت وکالته على الأصح . فمضى هذا لو تصرف الوكيل قبل العلم بالوكالة ، ثم بان وكيلاً ، ففي صحة تصرفه الخلاف السابق فيمن باع مال أبيه يظنه حياً ، فبان ميتاً . وإن لم تثبت الوكالة ، فهل نحكم بتفوذها حالة بلوغ الخبر ؟ وجهان .

فرع

حيث لا يشترط القبول ، تكفي الكتابة والرسالة ، ونجمله مأذوناً في التصرف . وحيث شرطنا ، فحكمه كما لو كتب بالبيع ، وقطع الروائي في الوكالة بالجواز .

قلت : قطع الماوردي أيضاً ، وكثيرون بالجواز وهو الصواب . والله أعلم

فرع

إذا شرطنا القبول ، فقال : وكلني في كذا ، فقال : وكلتك ، فهل يكفي ، أم لا بد من قبول بعده؟ فيه الخلاف السابق في البيع ونحوه . ثم قيل : الوكالة أحوج إلى الاشتراط ، لأنها ضمنية ، ولو قيل : عكسه ، لأن الوكالة يحتمل فيها ما لا يحتمل في البيع ، لكان أقرب .

المسألة الثانية : إذا علق الوكالة بشرط ، فقال : إذا قدم زيد ، أو جاء رأس الشهر ، فقد وكلتك في كذا ، أو أنت وكيلي ، لم يصح على الأصح . فلو نَجِزَ الوكالة وشرط للتصرف شرطا ، بأن قال : وكلتك الآن في بيع هذا العبد ، ولكن لا تبعه حتى يحجي رأس الشهر ، صح التوكيل بلا خلاف ، ولا يبيعه إلا إذا حصل الشرط . وإذا أفسدنا الوكالة بالتعليق ، فنصرف الوكيل بعد حصول الشرطه صح تصرفه على الأصح ، لحصول الاذن . وإن كان العقد فاسداً كما لو شرط الوكيل جملاً مجهولاً ، بأن قال : بيع كذا ولك عشر ثمنه ، تفسد الوكالة ، ويصح البيع . فعلى هذا ، فائدة فساد الوكالة سقوط الجمل المسمى إن كان ، والرجوع إلى أجرة المثل ، كما أن الشرط الفاسد في النكاح يفسد الصداق ، ويوجب مهر المثل ، ولا يؤثر فيه صحة النكاح .

فرع

لو قال : وكلتك ، ومتى عزلتك فأنت وكيلي ، ففي صحة الوكالة في الحال ،

وجهان . أصحها : الصحة . فإذا قلنا بالصحة ، أو كان قوله : متى عزلتك ، مفصولاً عن الوكالة ، فمزله ، نظر ، إن لم يعلم به الوكيل ، واعتبرنا علمه في نفوذ العزل ، فهو على وكالته . وإن لم نعتبره ، أو كان عالماً به ، ففي عوده وكيلاً بعد العزل وجهان بناءً على تمليق الوكالة ، لأنه علّق الوكالة ثانياً على العزل ، أصحها : المنع . فإن قلنا : يعود ، نظر في اللفظ الموصول بالعزل . فإن كان قال : إذا عزلتك ، أو مهما ، أو متى ، لم يقتض ذلك عود الوكالة إلا مرة واحدة . وإن قال : كلما عزلتك ، اقتضى العود مرة بعد مرة أبداً ، لأن وكلاً ، للتكرار . فإن أراد أن لا يعود وكيلاً ، فطريقه أن يوكل غيره في عزله ، فينمزل ، لأن الملق عليه عزل نفسه . فإن كان قال : كلما عزلتك ، أو عزلك أحد عني ، فطريقه أن يقول : كلما عدت وكيلاً ، فأنت معزول . فإذا عزله ، ينمزل لتقاوم التوكيل والعزل ، واعتضاد العزل بالأصل ، وهو الحجب في حق الغير . والخلاف في قبول الوكالة التعليق ، جارٍ في أن العزل هل يقبله ، ولكن بالترتيب ؟ والعزل أولى بقبوله ، لأنه لا يشترط فيه قبول قطعاً . وتصحيح إدارة الوكالة والعزل جميعاً ، مبني على قبولها التعليق . قال الامام : وإذا نفذنا العزل ، وقلنا : تعود الوكالة ، فلا شك أن العزل ينفذ في وقت وإن لطف ، ثم ترتب عليه الوكالة . فلو صادف تصرف الوكيل ذلك الوقت اللطيف ، ففي نفوذ تصرفه وجهان .

المسألة الثالثة : تصح الوكالة الموقته ، كقولك : وكلتك إلى شهر رمضان .

الباب الثاني

في أحكام الوكالة الصحيحة

وهي أربعة .

الأول : صحة تصرف الوكيل إذا وافق ، والموافقة والمخالفة ترفعان بالنظر

إلى اللفظ تارة ، وبالقرائن أخرى . فإن القرينة قد تفوى ، فيترك لها إطلاق اللفظ . ولهذا لو أمره في الصيف بشراء الجمد ، لا يشتريه في الشتاء . وقد يتبادل اللفظ والقرينة ، ويحصل من تعادلهما خلاف في المسألة . وهذا القول الجملي ، نوضحه بصور تعرف بها أخواتها .

إحداها : وكله في بيع شيء وأطلق ، لا يصح بيعه بغير نقد البلد ، ولا بضمن مؤجل ، ولا بضمن فاحش على المشهور . وفي قول : يصح كل ذلك موقوفاً على إجازة الموكل ، وهذا هو القول المنقول في بيع الفضولي ، والصواب : الأول ، وعليه التفريع . فلو كان في البلد نقدان ، لزمه البيع بأغلبهما . فإن استويا في المعاملة ، باع بأنفعهما للموكل . فإن استويا ، تخير فيها على الصحيح . وفي وجه : لا يصح التوكيل حتى يبين . ثم إذا باع الوكيل على أحد الأوصاف الممنوعة ، لم يصر ضامناً للمبيع ما لم يسلمه إلى المشتري . فإذا سلم ، ضمن . ثم القول فيه إذا كان البيع باقياً ، أو تالفاً . وفي كيفية تفريم الموكل الوكيل والمشتري على ما بيناه فيما إذا باع المدل الرهن بضمن فاحش أو بغير نقد البلد ، أو بنسيئة . فأما بيع الوكيل بضمن يسير ، فجائز . واليسير هو الذي يتغابن الناس به ويحتملونه غالباً . ويبيع ما يساوي عشرة بتسعة ، متحمل . وبثانية غير متحمل (١) قال الروياني : ويختلف القدر المتحمل باختلاف أجناس الأموال من الثياب والسبيد والمقار وغيرها .

فرع

لا يجوز للوكيل أن يقتصر على البيع بضمن الثلث وهناك طالب بزيادة . فلو باع

(١) في مخطوطة الظاهرية : بتسعة محتمل وبثانية غير محتمل .

بشمن المثل ، ثم حضر المجلس طالبُ زيادة ، فالحكم على ما سبق في عدل الرهن .

فرع

لو قال الموكل ببعه بـكم شئت ، فله البيع بالغبن الفاحش ، ولا يجوز بالنسيئة ، ولا بغير نقد البلد . ولو قال بما شئت ، فله البيع بغير النقد ، ولا يجوز بالغبن ، ولا بالنسيئة . ولو قال : كيف شئت ، فله البيع بالنسيئة . ولا يجوز بالغبن ، ولا بغير نقد البلد ، وعن القاضي حسين ، جواز الجميع . ولو قال : بعه بما عزّ وهان ، قال في « التتمة » : هو كقوله : بـكم شئت . وقال العبادي : له البيع بالعرض والغبن ، ولا يجوز بالنسيئة ، وهو الأولى .

فرع

الوكيل بالبيع مطلقاً ، هل يجوز بيعه لأبيه وابنه وسائر أصوله وفروعه ؟ وجهان . أصحابها : الجواز ، كما لو باع صديقه ، وكالم يزوج موليته لابنه البالغ إذا أطلقت الاذن ، وقلنا : لا يشترط تعيين الزوج ، فانه يصح قطعاً . ويجري الوجهان في البيع للزوج والزوجة إذا قلنا : لا تقبل شهادته له ، أو فيما لو باع لمكاتبه ، والوجهان في الفروع المستقلين . أما ابنه الصغير ، فلا يصح البيع له مطلقاً ^(١) . وكذا لا يبيع من نفسه على الصحيح المعروف . وعن الاصطخري ، جوازه . فعلى الصحيح : لو صرح في الاذن في بيعه لنفسه ، فوجهان . قال ابن سريج : يصح . وقال الأكثرون : لا يصح . ولو أذن في بيعه لابنه الصغير ، قال في « التتمة » : هو على هذا الخلاف .

(١) في مخطوطة الظاهرية : قطعاً .

وقال البغوي : وجب أن يجوز . ويجري الوجهان ، فيما لو وكله في الهبة لنفسه ، أو تزويج بنته لنفسه . وفي تولي ابن المم طرفي النكاح ، أن يتزوج بنت عمه بانها وهو وليها ، والنكاح أولى بالنع . وفيما لو وكل مستحق الدين المدين باستيفائه من نفسه ، أو وكل مستحق القصاص الجاني باستيفائه من نفسه في النفس أو الطرف ، أو وكل الامام السارق في قطع يده ، أو وكل الزاني ليجلد نفسه . والصحيح : النع في كل ذلك ، وطردهما في الوكيل في الخصومة من الجانين ، والأصح : النع . فعلى هذا يتخير ويخاصم لأيهما شاء . ولو توكل في طرفي النكاح أو البيع ، فعلى الوجهين . وقيل بالنع قطعاً . ولو وكل من عليه الدين في إبراء نفسه ، فقيل على الوجهين . وقيل : يجوز قطعاً ، وهو بناء على اشتراط القبول في الإبراء . فان اشترطناه ، جرى الوجهان ، وإلا فيجوز قطعاً ، كما لو وكل من عليه القصاص في العفو ، والعبد في إعناق نفسه . والوكيل في الشراء كالوكيل في البيع في أنه لا يشتري من نفسه ، ولا مال ابنه الصغير . وفي ابنه الكبير ، الوجهان في سائر الصور .

قلت : وإذا وكل الابن الكبير أباه في بيع ، لم يجوز أن يبيع لنفسه . على الأصح . وحكى في الحاوي ، وجهاً : أنه يجوز تقليباً للأبوة ، كما لو كان في حجرة .

والله أعلم

فرع

إذا أذن في البيع مؤجلاً ، نظر . إن قدر الأجل ، صح التوكيل . وإن أطلق ، فوجهان . أحدهما : لا يصح ، لاختلاف الغرض . وأصحها : يصح . وفيما يحمل عليه ، أوجه . أحدها : أنه ينظر إلى المتعارف في مثله . فإن لم يكن فيه عرف ، راعى الأنفع . والثاني . له التأجيل إلى ما شاء . والثالث : إلى سنة .

الصورة الثانية : في قبض الثمن ، وإقباض المبيع . فإذا وكله بالبيع مطلقاً ، فهل يملك الوكيل قبض الثمن ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأنه لم يأذن فيه ، وقد يرضاه للبيع ، ولا يرضاه لقبض الثمن . وأصحها : نعم ، لأنه من توابع البيع ومقتضياته . وهل يملك تسليم المبيع إذا كان معه ؟ أشار كثيرون إلى الجزم بجوازه . وقال الشيخ أبو علي : هو على الوجهين في قبض الثمن . ولو صرح بها ، لم يملك التسليم ما لم يقبض الثمن ، وعلى هذا جرى صاحب « التهذيب » وغيره .

قلت : الأصح : جواز تسليمه ، ولكن بعد قبض الثمن . فهذا هو الراجح في الدليل ، وفي النقل أيضاً ، وقد صححه الرافعي في « المحرر » . والله أعلم

والوكيل في الصرف ، يملك القبض والاقباض بلا خلاف ، لأنه شرط في صحة العقد ، وكذلك في السلم يدفع وكيل السلم رأس المال ، ويقبضه وكيل المسلم إليه قطعاً .

فرع

إذا باع الوكيل بمؤجل حيث يجوز ، سلم المبيع على المذهب ، إذ لا حبس بالمؤجل ، ويحيى وجه مما ذكره أبو علي : أنه لا يسلم ، إذ لم يفوض إليه . ثم إذا حل الأجل ، لا يملك الوكيل قبض الثمن إلا باذن مستأنف . وإذا باع بحال ، وجوزنا قبض الثمن ، لم يسلم المبيع حتى يقبضه كما لو أذن فيها صريحاً ، وله مطالبة المشتري بتسليم الثمن . وإذا لم يجوز له القبض ، فلا تجوز له المطالبة ، والموكل المطالبة بالثمن على كل حال . ولو منعه من قبض الثمن ، لم يحجز قبضه قطعاً . ولو منعه

من تسليم المبيع ، فكذاك عند الشيخ أبي علي . وقال آخرون : هذا الشرط فاسد ، فإن التسليم مستحق بالعقد . وفي فساد الوكالة به وجهان . أحدهما : تفسد ، ويسقط الجمل المسمى ، فيرجع بأجرة المثل . والصواب أن يقال : المسألة مبنية على أن في صورة الاطلاق ، هل للوكيل التسليم ، أم لا ؟ إن قلنا : لا ، فعند المنع أولى ، وإن قلنا : نعم ، فذلك من توابع العقد وتبائنه ، لا لأن تسليمه مستحق بالعقد ، فإن المستحق هو التسليم ، لا تسليمه بعينه ، والمنوع منه تسليمه . فلو قال : امنع المبيع منه ، فهذا شرط فاسد ، لأن منع الحق عمن يستحق ، وإثبات يده عليه ، حرام . وفرق بين قوله : لا تسليمه إليه ، وقوله : أمسكه أو امنعه (١) .

فرع

الوكيل بالشراء ، إن لم يسلم الموكل إليه الثمن ، واشترى في الذمة ، فسيأتي الكلام - في أن المطالبة بالثمن ، على من توجه ؟ - في الحكم [من الباب] الثاني إن شاء الله تعالى . وإن سلمه إليه واشترى بعينه ، أو في الذمة ، فهل يملك تسليم الثمن وقبض المبيع بمجرد الاذن في الشراء ؟ قال في « التتمة » ، و « التهذيب » : فيه الخلاف السابق في وكيل البائع ، وجزم الغزالي بالجواز ، فإن العرف يقتضيه . قلت : الصحيح : القطع بالجواز ، وهو الذي جزم به صاحب « الحاوي » ، والأكثرون . وقال صاحب « الشامل » : يسلم الثمن قطعاً ، ويقبض المبيع على الأصح ، ففرق بينهما . والله أعلم

فرع

إذا سلم المشتري الثمن إلى الموكل أو الوكيل حيث يجوز قبضه ، لزم الوكيل

(١) في نسخة الظاهرية : وامنه .

تسليم المبيع وإن لم يأذن الوكيل فيه ، لأن الثمن إذا قبض صار دفع المبيع مستحقاً ، والمشتري الانفراد بأخذه . فإن أخذه المشتري ، فذاك ، وإن سلمه الوكيل ، فالأمر محمول على أخذ المشتري ، فلا حكم للتسليم .

فرع

ذكرنا أن الوكيل لا يسلم المبيع قبل قبض الثمن . فلو فعل ، غرم للموكل قيمته إن كانت القيمة والثمن سواء ، أو كان الثمن أكثر . فإن كانت القيمة أكثر ، بأن باعه ببغبن محتمل ، فهل يغرم جميع القيمة ، أم يحيط قدر الثمن ؟ وجهان . أصحها : أولهما . فإن باعه ببغبن فاحش باذن الموكل ، فقياس الوجه الثاني : أن لا يغرم إلا قدر الثمن ، ثم إذا قبض الوكيل الثمن بعدما غرم ، دفعه إلى الموكل ، واسترد الغروم .

فرع

الوكيل باستيفاء الحق ، هل يثبت ، أو بآبائه ، هل يستوفيه عيناً كان أو ديناً ؟ فيه أوجه . أصحها : لا . والثاني : نعم . والثالث : يثبت ولا يستوفي . فلو كان الحق قصاصاً أو حداً ، لم يستوفه على المذهب . وقال ابن خيران : على الوجهين .

الصورة الثالثة : في شرائه الميب . فلو وكيل بالشراء حالان .

أحدهما : أن يوكل في شراء موصوف ، فلا يشتري إلا سليماً ، فإن اشترى مميباً ، نظر ، إن كان مع العيب يساوي ما اشتراه به ، فإن جهل العيب ، وقع عن الموكل ، وإن علمه ، فأوجه . أصحها : لا يقع عنه ، لأن الاطلاق يقتضي سليماً . والثاني : يقع . والثالث : إن كان عبداً يجزىء في الكفارة ، وقع عنه ، وإلا ، فلا ، إلا أن

يكون كافراً ، فانه يجوز للوكيل شراؤه . وإن لم يساوِ ما اشتراه [به] ، فان علم ، لم يقع عن الموكل ، وإن جهل ، وقع عنه على الأصح عند الأكثرين ، كما لو اشتراه بنفسه جاهلاً . وحيث قلنا بوقوعه عن الموكل ، فان كان جاهلاً ، فلموكل الرد قطعاً ، وكذا للوكيل على الصحيح . وعن ابن سريج : أنه لا يفرد بالرد . وإن كان الوكيل عالماً ، فلا رد له ، والموكل الرد على الأصح . فعلى هذا ، هل ينتقل الملك إلى الوكيل ، أم يفسخ العقد من أصله ؟ وجهان . فمن قال بالانتقال ، كأنه يقول : ينقذ موقوفاً حتى يتبين الحال ، وإلا ، فيستحيل ارتداد الملك من الموكل إلى الوكيل ، قاله الامام . وهذا الخلاف ، تفريع على وقوعه للموكل مع علم الوكيل ، وهو خلاف ظاهر المذهب .

الحال الثاني : أن يكون وكيلاً في شراء معين . فان لم يفرد الوكيل في الحال الأول بالرد ، فهنا أولى ، وإلا ، فوجهان . الأصح المنصوص : الجواز ، لأن الظاهر أنه يريد بشرط السلامة . ولم يذكرنا في هذا الحال ، متى يقع عن الموكل ، ومتى لا يقع ؟ والقياس : أنه كما سبق في الحال الأول . لكن لو كان البيع معيياً يساوي ما اشتراه به وهو عالم ، فإيقاعه عن الموكل هنا أولى ، لجواز تعلق الغرض بعينه . وكل ما ذكرناه في الحالين ، فيما إذا اشترى في الذمة . أما إذا اشترى بعين مال الموكل ، فحيث قلنا هناك : لا يقع عن الموكل ، لا يصح هنا أصلاً . وحيث قلنا : يقع ، فكذا هنا ، وليس للوكيل الرد على الأصح . ومتى ثبت الرد للوكيل في صورة الشراء في الذمة ، فاطلع الموكل على العيب قبل اطلاع الوكيل أو بعده ، ورضيه ، سقط خيار الوكيل ، ولا يسقط خيار الموكل بتأخير الوكيل وتقصيره . وإذا أخر الوكيل الرد ، أو صرح بالزام العقد ، فهل له العود إلى الرد ، لأن أصل الحق باقٍ وهو نائب ، أم لا ، لأنه بالتأخير كالمأزول نفسه عن الرد ؟ وجهان . أصحهما : الثاني . فاذا قلنا به ، وأثبتنا له العود ولم يعد ، فاطلع الموكل عليه ، وأراد الرد ، فله ذلك إن سماه الوكيل في الشراء ، أو نواه وصدقه

البائع ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : يرد على الوكيل ، ويلزمه البيع ، لأنه اشترى في الذمة ما لم يأذن فيه الموكل ، فانصرف إليه . وبهذا قطعا في « التهذيب » ، و « التتمة » .
والثاني وبه قطع الشيخ أبو حامد وأصحابه : أن المبيع للموكل ، وقد فات الرد لتفريط الوكيل . ويضمن الوكيل ، وفيما يضمنه وجهان . قال أبو يحيى البلخي : يضمن قدر نقص قيمته من الثمن . فلو كانت القيمة تسعين ، والثمن مائة ، رجع بمشرة . فإن تساويا ، فلا رجوع . وقال الأكثرون : يرجع بارش الميب من الثمن .
قلت : المذكور عن « التهذيب » ، و « التتمة » ، أصح ، وقد نقله صاحب « المذهب » عن نصر الشافعي رضي الله عنه . والله أعلم

فرع

لو أراد الوكيل الرد بالميب ، فقال البائع : أخر حتى يحضر الموكل ، لم يلزمه إجابته . وإذا رد ، فحضر الموكل ورضيه ، احتاج إلى استئناف الشراء . ولو أخر كما التمس البائع ، فحضر الموكل ولم يرضه ، قال البغوي : المبيع للوكيل ، ولا رد ، لتأخيره مع الامكان . وقيل : له الرد ، لأنه لم يرض بالميب . ولقائل أن يقول للبغوي : أنت وسائر الأصحاب متفقون على أنه إذا رضي الوكيل بالميب ، ثم حضر الموكل وأراد الرد ، فله ذلك إن كان الوكيل سماء أو نواه ، وهنا الوكيل والموكل والبائع متصادقون على أن الشراء وقع للموكل ، ومن ضرورة ذلك أن يكون سماء أو نواه ، فوجب أن يقال : المبيع للموكل ، وله الرد .

فرع

إذا أراد الوكيل الرد ، فقال البائع : قد عرفه الموكل ورضيه ، ولا رد لك ،

خطر ، إن لم يحتمل بلوغ الخبر إليه ، لم يلتفت إلى قوله ، وإن احتمل ، وأنكر الوكيل ، حلف على نفي العلم برضى الموكل . وفي وجه ضيف : لا يحلف . فإن عرضنا اليمين على الوكيل ، فحلف ، رده . فإن حضر الموكل ، فصدق البائع ، فمن ابن سريج : أن له استرداد المبيع من البائع ، لموافقته إياه على الرضى قبل الرد . وعن القاضي حسين : لا يسترد ، وينفذ فسخ الوكيل .

قلت : المنقول عن ابن سريج أصح ، وبه قطع صاحبنا « الشامل » و« البيان » .
والله أعلم

وإذا نكل الوكيل ، حلف البائع ، وسقط رد الوكيل . ثم إذا حضر الموكل ، وصدق البائع ، فذاك . وإن كذبه ، قال في « التهذيب » : يلزم العقد الوكيل ، ولا رد له ، لا بطلان الحق بالنكول . وفيه الاشكال السابق في الفرع قبله .

فرع

الوكيل بالبيع إذا باع ، فوجد المشتري بالمبيع عيباً ، رده عليه إن لم يعلمه وكيلاً ، وإن علمه ، فإن شاء رده عليه ، ثم هو يرد على الموكل ، وإن شاء رد على الموكل . وهل للوكيل حط بعض الثمن للعيب ؟ فيه قولان .

قلت : ينبغي أن يكون أصحابها : عدم الحط . والله أعلم

ولو زعم الموكل حدوث العيب في يد المشتري ، وصدق الوكيل المشتري ، رد على الوكيل ، ولم يرد الوكيل على الموكل .

فرع

سيأتي في كتاب القراض إن شاء الله تعالى : أن الوكيل بالشراء ، هل يشتري من يعتق على الموكل ؟ فإن قلنا : يشتريه ، فكان مبيعاً ، فلو وكيل رده ، لأنه لا يعتق على الموكل قبل رضا بالميب ، ذكره في « التهذيب » .

الصورة الرابعة : في توكيل الوكيل ، فإن سكت الموكل عنه ، نظر ، إن كان أمراً يتأثّر له الاتيان به ، لم يجوز أن يوكل فيه . وإن لم يتأثّر منه ، لكونه لا يحسنه ، أو لا يليق بمنصبه ، فله التوكيل على الصحيح ، لأن القصد من مثله الاستنابة . وفي وجه : لا يوكل ، لقصور اللفظ / ولو كثرت التصرفات الموكّلة فيها ، ولم يمكنه الاتيان بجميعها ، لكثرتها ، فالذهب : أنه يوكل فيما يزيد على الممكن ، ولا يوكل في الممكن . وفي وجه : يوكل في الجميع . وقيل : لا يوكل في الممكن . وفي الباقي وجهان . وقيل : في الجميع وجهان . وإن أذن له في التوكيل ، فله أحوال .

الأول : إذا قال : وكل عن نفسك ، ففعل ، انزل الثاني بمنزل الأول إياه ، وموته وجنونه على الصحيح في الجميع ، لأنه نائبه . ولو عزل الموكل الأول ، انزل . وفي انزال الثاني بانزاله هذا الخلاف . ولو عزل الموكل الثاني ، انزل على الأصح ، كما ينزل بموته وجنونه . والثاني : لا ، لأنه ليس وكيلاً من جهته . والذي يجمع هذه الاختلافات ، أن الوكيل الثاني ، هل هو وكيل الوكيل الأول كما لو صرح به ، أم وكيل الموكل ، ويكون تقديره : أقم غيرك مقام نفسك ؟ والأصح : أنه وكيل الوكيل الأول .

الحال الثاني : أن يقول : وكل عني ، فالثاني وكيل الموكل ، وله عزل أيها .

شاه ، وليس لأحدهما عزل الآخر ، ولا ينزل أحدهما بانزال الآخر .

الحال الثالث : إذا قال : وكلتك في كذا ، وأذنت لك أن توكل فيه ، ولم يقل : عنك ، ولا عني ، فهذا كالصورة الأولى ، أم كالثانية ؟ وجهان . أصحابها : الثاني . وإذا جوزنا له أن يوكل في صورة سكوت الموكل ، فينبغي أن يوكل عن موكله . فلو وكل عن نفسه ، فوجهان .

قلت : أصحابها : لا يجوز . والله أعلم

فرع

حيث ملك الوكيل أن يوكل ، فشرطه أن يوكل أميناً ، إلا أن يبين له غيره . ولو وكل أميناً ، ثم فسق ، هل له عزله ؟ وجهان .

قلت : أقيسها : المنع . والله أعلم

فرع

لو وكله في تصرف ، وقال : افعل فيه ما شئت ، لم يكن ذلك إذناً في التوكيل على الأصح .

قلت : لو قال : كل ما تصنمه ، فهو جائز ، فهو كقوله : افعل ما شئت . والله أعلم

الصورة الخامسة : في امتثال تقييد الموكل . والصور المذكورة من أول الباب إلى هنا ، مفروضة في التوكيل المطلق ، ومن هنا إلى آخره في التوكيل المقرون بتقييد . وحاصله : أنه يجب مراعاة تقييد الموكل ، ورعاية المفهوم منه بحسب العرف . وفيه مسائل .

إحداها : إذا عين الموكل شخصاً، بأن قال: بيع لزيد . أو [عين] وقتنا، بأن قال :
بيع يوم الجمعة ، لم يجوز أن يبيع لغير زيد ، ولا قبل الجمعة ، ولا بعده .
قلت : هكذا قال الأصحاب في البيع قبل الجمعة وبعده : إنه لا يصح .
قالوا : وكذا حكم العتق ، لا يجوز قبل الجمعة ولا بعده . وأما الطلاق ، فنقل
صاحباً « الشامل » و « البيان » عن الداركي ، أنه قال : إن طلقها قبل الجمعة ،
لا يقع ، وإن طلقها بعده يقع ، لأنها إذا كانت مطلقة يوم الجمعة ، كانت مطلقة يوم
السبت ، بخلاف الخميس . ولم أر هذا لغيره ، وفيه نظر . والله أعلم

لو عين مكاناً من سوق ونحوها ، نظر ، إن كان له في ذلك المكان غرض
ظاهر ، بأن كان الراغبون فيه أكثر، أو النقد فيه أجود، لم يجوز البيع في غيره .
وإلا ، فوجهان . أحدهما : يجوز ، وبه قال القاضي أبو حامد ، وقطع به النزالي .
وأصحها عند ابن القطان والبنفوي : المنع .

قلت : قطع بالجواز أيضاً صاحباً « التنبيه » و « التتمة » وغيرهما ، لكن
الأصح على الجملة : المنع ، وهو الذي صححه الماوردي، والرافعي في « المحرر » .
قلت : هذا إذا لم يقدر الثمن . فإن قال: بيع في سوق كذا بمائة ، فباع بمائة في
غيرها ، جاز ، صرح به صاحباً « الشامل » و « التتمة » وغيرهما . والله أعلم

ولو نهاه صريحاً عن البيع في غيره ، امتنع قطعاً . ولو قال : بيع في بلد
كذا ، قال ابن كج : هو كقوله : بيع في سوق كذا ، حتى لو باع في بلد آخر،
جاء فيه التفصيل المذكور ، وهذا صحيح ، لكنه يصير ضامناً بالنقل من ذلك البلد،
ويكون الثمن مضموناً في يده . بل لو أطلق التوكيل في البيع في بلد ، فليبيع
فيه . فإن نقل ، ضمن .

المسألة الثانية : قال : بع بمائة درهم ، لم يبيع بدونها ، وله البيع بأكثر .
والقصد بالتقدير : أن لا ينقص فيها من المرف . وفي وجه شاذ حكاه المبادي :
لا يجوز البيع بأكثر من مائة . والصحيح المعروف : الأول . ولو نهاه عن الزيادة
صريحاً ، لم يزد قطعاً .

قلت : حكى في « النهاية » و « البسيط » عن صاحب « التقریب » أنه لو قال :
بع بمائة ولا تزد ، فزاد ، أو اشتر هذا العبد بمائة ولا تنقص ، فنقص ، ففي صحته
وجهان . قالوا : والوجه أن يقال : إن أتى بما هو نص في المنع ، لم ينفذ ، لمخالفته ،
وإن احتمل أنه يريد : لا تتم نفسك في طلب الزيادة والنقص ، اتجه بالتنفيذ .

والله أعلم

وهل له البيع بمائة وهناك راغب بزيادة على المائة ؟ فيه وجهان .

قلت : أصحها : المنع ، لأنه مأمور بالاحتياط والنبط . والله أعلم

قال الأصحاب : ولو كان المشتري معيناً ، فإن قال : بعه لزيد بمائة ، لم يجوز
أن يبيع بأكثر منها قطعاً ، لأنه ربما قصد إرفاقه .

فرع

لو قال : بسم ثوبي ، ولا تبعه بأكثر من مائة ، لم يبعه بأكثر من مائة ، ويبيع
بها وبما دونها ما لم ينقص عن ثمن المثل . ولو قال : بعه بمائة ، ولا تبعه بمائة وخمسين ،
فليس له يبعه بمائة وخمسين ، ويجوز يا دون ذلك ما لم ينقص عن مائة ، ولا يجوز
يا زاد على مائة وخمسين على الأصح .

نفرع

الشراء كالبيع فيما سبق . فإذا قال : اشتر بائة ، فله الشراء بأقل ، إلا أن ينهاء ، ولا يشتري بما فوقها . ولو قال : اشتر بائة ، ولا تشتري بخمسين ، فله الشراء بالمائة وبما بينها ^(١) وبين خمسين ، ولا يجوز بخمسين . وفيها دونها ، الوجهان .

قلت : قال أصحابنا : لو قال : اشتر عبد فلان بائة ، فاشتره بأقل منها ، صح ، وهذا يخالف ما سبق في قوله : بعه لزيد بائة . قال صاحب « الحاوي » : والفرق أنه في البيع ممنوع من قبض ما زاد على المائة ، فلا يجوز قبض ما نهي عنه . وفي الشراء ، مأمور بدفع مائة ، ودفع الوكيل بعض المأمور به جائز . والله أعلم

المسألة الثالثة : لو قال : بعه إلى أجل ، وبين قدره ، أو قلنا : لا حاجة إلى بيان ، وحملناه على المعتاد ، فخالف وباع حالاً ، نظر ، إن باعه بقيمته حالاً ، لم يصح ، لأنه أقل مما أمر به . وإن باعه حالاً بقيمته إلى ذلك الأجل ، نظر ، إن كان في وقت لا يؤمن الذهب والورقة ، أو كان لحفظه مؤنة في الحال ، لم يصح أيضاً . وإن لم يكن شيء من ذلك ، صح على الأصح . ولا فرق فيما ذكرنا بين ثمن المثل عند الإطلاق ، وبين ما قدره من الثمن ، بأن قال : بيع بائة نسيئة ، فباع بائة قدماً . ولو قال : بيع بكذا إلى شهرين ، فباع به إلى شهر ، ففيه الوجهان . ولو قال : اشتر حالاً ، فاشتره مؤجلاً بقيمته مؤجلاً ، لم يصح للموكل ، لأنه أكثر ، وإن اشتره بقيمته حالاً ، فوجهان كما في طرف البيع . قال صاحب « التمه » : هذا إذا قلنا : إن مستحق الدين المؤجل إذا عجل حقه ، يلزمه القبول . وأما إذا قلنا : لا يلزمه ، فلا يصح الشراء هنا للموكل بحال . وذكر هو وغيره تخريباً

(١) في الأصل : وما بينها ، وما أثبتناه من نسخة الظاهرية .

على المسألة التي نحن فيها : أن الوكيل بالشراء مطلقاً ، لو اشترى نسبة بضمن مثله تقدماً ، جاز ، لأنه زاد خيراً ، وللموكل تفريغ ذمته بالتعجيل .
قلت : هذا المنقول أولاً عن « التتمة » قد عكسه صاحب « الشامل » فقال :
هذا الخلاف حيث لا يجبر صاحب الدين على قبول تعجيله ، وحيث يجبر ، يصح
الشراء قطعاً . وهذا الذي قاله ، أصح وأقرب إلى تعليل الأصحاب .

والله أعلم

فرع

لو دفع [إليه] ديناراً ، وقال : اشتر به شاة ، ووصفها ، فاشترى به شاتين بتلك
الصفة ، نظر ، إن لم تساوِ واحدة منهما ديناراً ، لم يصح الشراء للموكل وإن
زادت قيمتها جميعاً على الدينار ، لفوات ما وكل فيه . وإن ساوت كل واحدة ديناراً ،
فقولان . أظهرهما : صحة الشراء ، وحصول الملك فيها للموكل ، لأنه حصل غرضه
وزاد خيراً . والثاني : لا تقع الشاتان للموكل ، لأنه لم يأذن فيها ، بل ينظر ،
إن اشتراها في الذمة ، فلموكل واحدة بنصف دينار ، والأخرى الوكيل ، ويرد على
الموكل نصف دينار . وللموكل أن ينتزع الثانية منه ، ويقرر العقد فيها ، لأنه عقد العقد
له . وفي قول شاذ : لا يصح الشراء للموكل في واحدة منها ، بل يقمان للوكيل .
وإن اشتراها بعين الدينار ، فقد اشترى شاة بأذنه ، وشاة بلا إذنه ، فيبني على
وقف العقود . فإن قلنا : لا توقف على الإجازة ، بطل العقد في شاة . وفي
الأخرى قولاً [تفريق] الضففة . وإن قلنا : توقف ، فإن شاء الموكل أخذهما بالدينار ،
وإن شاء اقتصر على واحدة ورد الأخرى على البائع . وهذا القول مشكل ، لأن
تعيين الشاة للموكل أولاً بطل العقد فيها ، ليس بأولى من تعيين الأخرى ، والتخير

يشبه بيع شاة من شاتين ، وهو باطل . فإذا صححنا الشراء فيها للموكل ، فباع الوكيل إحداها بنير إذن الموكل ، ففي صحة بيعه ، قولان . وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى شاة بدينار ، وباعها بدينارين . وقيل : هذا الخلاف ، هو القولان في بيع الفضولي ، فعلى الجديد : يلغو ، وعلى القديم : ينقذ موقوفاً على إجازة الموكل . قلت : الأظهر : أنه لا يصح بيعه . قال أصحابنا : ولو اشترى به شاتين ، تساوي إحداها ديناراً ، والأخرى بعض دينار ، فطريقان . الأصح منها عند القاضي أبي الطيب والأصحاب : صحة البيع فيها جميعاً ، ويكون كما لو ساوت كل واحدة ديناراً على ما سبق . فعلى الأظهر : يلزم البيع فيها جميعاً للموكل ، وبه قطع المحامي وغيره . والطريق الثاني : لا يصح في حق الموكل واحدة منها . فعلى الأظهر : لو باع الوكيل التي تساوي ديناراً ، لم يصح قطعاً ، وإن باع الأخرى ، فعلى الخلاف . وإن قلنا : للوكيل إحداها ، كان له التي لا تساوي ديناراً بحصتها ، وللموكل انتزاعها كما سبق . والله أعلم

فرع

قال : بع عبدي بمائة درهم ، فباعه بمائة وعبد أو وثوب يساوي مائة ، فعن ابن سريج : أنه على قولين بالترتيب على مسألة الشاتين ، وأولى بالمنع ، لأنه عدل عن الجنس . فان أبطلنا ، فهل يبطل في القدر المقابل لغير الجنس وهو النصف ، أم في الجميع ؟ قولان . فان قلنا : في ذلك القدر ، قال في التهمة : لا خيار له ، لأنه إذا رضي ببيع الجميع بمائة ، فالبيع أولى . وأما المشتري ، فان لم يعلم أنه وكيل بالبيع بدراهم ، فله الخيار ، وإن علم ، فوجهان ، لشروعه في المقد مع العلم بأن بعض العقود عليه لا يسلم له .

قلت : ولو باعه بمائة درهم ودينار ، ففي « التتمة » و « التهذيب » : أنه على الخلاف في مائة وثوب . وقطع صاحب « الشامل » بالصحة ، لأنه من جنس الأثمان ، وينبغي أن يكون الأصح في الجميع : الصحة . والله أعلم

فرع

لو قال : بـع بألف درهم ، فباع بألف دينار ، لم يصح ، لأنه غير المأمور به ، وفيه احتمال ذكره ابن كج ، والغزالي في « الوجيز » . وعلى هذا الاحتمال : البيع بعرض يساوي ألف دينار ، يشبه أن يكون كالبيع بألف دينار .
الصورة السادسة : في الوكالة في الخصومة ، وفيها مسائل .

إحداها : الوكيل بالخصومة من جهة المدعي ، يدعي ويقيم البينة ويسعى في تعديلها ، ويحلف ويطلب الحكم والقضاء ، ويفعل ما هو وسيلة إلى الإثبات . والوكيل من جهة المدعى عليه ، ينكر ويظن في الشهود ، ويسعى في الدفع بما أمكنه .
الثانية : هل يشترط في التوكيل في الخصومة بيان ما فيه الخصومة ، من دم ، أو مال ، أو عين ، أو دين ، أو أرض جناية ، أو بدل مال ؟ حكى العبادي فيه وجهين كالوجهين في بيان من يخصمه .

الثالثة : لو أقر وكيل المدعي بالقبض ، أو الإبراء ، أو قبول الحوالة ، أو المصالحة على مال ، أو بأن الحق مؤجل ، أو أقر وكيل المدعى عليه بالحق للمدعي (١) ، لم يقبل ، سواء أقر في مجلس الحكم ، أم في غيره ، كما لا يصح إبرائه ومصالحته ، لأن اسم الخصومة لا يتناولها ، فكذا الإقرار . ثم وكيل المدعي ، إذا أقر بالقبض ، أو الإبراء ، انزل ، وكذا وكيل المدعى عليه ، إذا أقر بالحق ، انزل ، لأنه بعد

(١) في نسخة الظاهرية : بالحق المدعى .

الاقرار ظالم في الخصومة . وأطلق ابن كج وجهين في بطلان وكالته بالاقرار .
قلت : ولو أبرأ وكيل المدعي خصمه ، لم ينزل ، لأن إراءه باطل ، ولا يتضمن
اعترافاً بأن المدعي ظالم ، بخلاف الاقرار ، وكذا فرق صاحب « الحاوي » وغيره .
والله أعلم

فرع

نقل في « النهاية » أن الوكيل بالخصومة من جهة المدعي عليه ، لا يتقبل تعديله
بينه المدعي ، لأنه كالأقرار في كونه قاطعاً للخصومة ، وليس الوكيل قطع الخصومة
بلاختيار .

الرابعة : تقبل شهادة الوكيل على موكله ، وتقبل لموكله في غير ما توكل فيه .
وإن شهد بما توكل فيه ، نظر ، إن شهد قبل الغزل ، أو بعده وقد خاصم فيه ،
لم يقبل ، للتممة . وإن كان بعده ولم يخاصم ، قبلت على الأصح . هذه هي الطريقة
الصحيحة المشهورة . وقال الامام : قياس المرازمة ، أن يمسك فيقال : إن لم
يخاصم ، قبلت ، وإلا ، فوجهان . قال : وهذا التفصيل ، إذا جرى الأمر على تواصل .
فإن طال الفصل ، فالوجه : القطع بقبول الشهادة مع احتمال فيه .

الخامسة : لو وكل رجلين بالخصومة ، ولم يصرح باستقلال كل واحد منهما ، فوجهان .
الأصح : لا يستقل واحد منهما ، بل يتشاوران ويتباصران (١) . كما لو وكلها في
بيع أو طلاق أو غيرها ، أو وصى إليهما . ولو وكل رجلين في حفظ متاع ، فالأصح :
أنه لا ينفرد واحد منهما بحفظه ، بل يحفظانه في حوز بينهما . والثاني : ينفرد . فإن
قبل القسمة ، قسم ليحفظ كل واحد بعضه .

(١) في نسخة الظاهرية : ويتناصران .

السادسة : ادعى عند القاضي أنه وكيل زيد ، فان كان المقصود بالخصومة حاضراً ، وصدقه ، ثبتت الوكالة ، وله خصمته ، وإن كذبه ، أقام البيئة على الوكالة. ولا يشترط في إقامة البيئة تقديم دعوى حق الموكل على الخصم . وإن كان غائباً ، وأقام الوكيل بيئة بالوكالة ، سمها القاضي وأثبتها . ولا يعتبر حضور الخصم في إثبات الوكالة ، خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه حيث [قال] : لا تسمع البيئة إلا في وجه الخصم . قال الامام : وهو بناء على مذهبه ، في امتناع القضاء على الغائب . ثم حكى الامام عن القاضي حسين : أنه لا بد [و] أن ينصب القاضي مسخراً بنوب عن الغائب ، ليقم المدعى البيئة في وجهه . قال الامام : وهذا بعيد لا أعرف له أصلاً ، مع ما فيه من مخالفة الاصحاب . وحكى عنه أيضاً أن القضاة اصطالحوا على أن من وكل في مجلس القضاء وكيلاً بالخصومة ، اختص التوكيل بالخاصة في ذلك المجلس . قال الامام : والذي نعرفه للأصحاب (١) أنه يخص في ذلك المجلس وبه ، ولا نعرف للقضاة العرف الذي ادعاه .

السابعة : وكل رجلاً عند القاضي بالخصومة عنه ، وطلب حقوقه ، فللوكيل أن يخصم عنه ما دام حاضراً في المجلس ، اعتماداً على العيان . فان غاب وأراد الوكيل الخصومة عنه اعتماداً على اسم ونسب يذكره ، فلا بد من إقامة بيئة على أن فلان ابن فلان وكله ، أو على أن الذي وكله هو فلان بن فلان ، ذكره أصحابنا المراقبون ، والشيخ أبو عاصم المبادي . وعبارة المبادي : إنه لا بد وأن يعرف الموكل شاهدان يعرفها القاضي ويشق بهما . ثم إن الامام حكى عن القاضي حسين - رحمه الله - أن عادة الحكام التساهل في هذه البيئة ، والاكتفاء بالمدالة الظاهرة ، وترك البحث والاستزكاء تسهيلاً على الرعاء . وقال القاضي أبو سعد ابن أبي يوسف

(١) في الأصل : والذي يعرفه الأصحاب ، وما أثبتناه من نسخة الظاهرية .

في شرح «مختصر المبادي»: يمكن أن يكتفى بمعرف واحد إذا كان موثقاً به، كما قال الشيخ أبو محمد: إن تعريف المرأة في تحمل الشهادة عليها، يحصل بمعرف واحد، لأنه إخبار لا شهادة.

قلت: وإذا ادعى على وكيل مالا، وأقام بينة وقضى بها الحاكم، ثم حضر الغائب وأنكر الوكالة، أو ادعى عزله، لم يكن له أثر، لأن الحكم على الغائب جائز. قال في «التتمة»: وإذا اعترف الخصم عند القاضي بأنه وكيل، جاز له المحاكمة قطعاً. وفي وجوبها عليه، الخلاف فيما إذا اعترف بأنه وكيل في قبض الدين، هل يأنزله دفعه إليه، أم لا يجب حتى يقيم بينة؟ والله أعلم

الصورة السابعة: وكله في الصلح عن الدم على خمر، ففعل، حصل المفو ووجبت الدية كما لو فعله الموكل بنفسه. فلو صالح على خنزير، فهو لفو على الأصح، فيبقى القصاص، لأنه غير مأذون فيه. والثاني: أنه كالمفو على خمر. وعلى هذا، لو صالح على الدية، أو على ما يصلح عوضاً، جاز. ولو جرت هذه المخالفة بين الموجب والقابل في الصلح، لنا قطعاً، لعدم انتظام الخطاب. ولو وكله في خلع زوجته على خمر، فخالها على خمر أو خنزير، فعلى ما سبق في الصلح عن الدم.

فرع

وكله في بيع أو شراء فاسد، لم يملك فاسداً ولا صحيحاً، لعدم الاذن.

الصورة الثامنة: في مخالفته، فإذا سلمت إليه ألفاً، وقال: اشتري بعميه ثوباً، فاشتري في الذمة لينقذ الألف، لم يصح للموكل. ولو قال: اشتري في الذمة وسلمت

الآلف في ثمنه ، فاشترى بعينه ، لم يصح على الأصح . ولو سلمه إليه ، وقال : اشترى ثوباً ، ولم يقل : بعينه ، ولا في الذمة ، فوجهان . أحدهما : أنه كقوله : اشترى بعينه ، لأن قرينة التسليم تشير به . وأصحها : أن الوكيل بتخير بين الشراء بعينه أو في الذمة ، لأن الاسم يتناولها .

قلت : وإذا قال : اشترى في الذمة وسلمه فيه ، فاشترى للموكل في الذمة ، ونقد الوكيل الثمن من ماله ، برىء الموكل من الثمن ، ولا يرجع عليه الوكيل بشيء ، لأنه متبرع بقضاء دينه ، ويلزمه رد الآلف المينة إلى الموكل ، صرح به الماوردي وغيره ، وهو ظاهر . والله أعلم

فصل

في حكم البيع والشراء المخالفين أمر الموكل

أما البيع ، فإذا قال : بع هذا العبد ، فباع آخر ، فباطل . وأما الشراء ، فإن وقع بين مال الموكل ، فباطل . وإن وقع في الذمة ، نظر ، إن لم يسم الموكل ، وقع عن الوكيل ، وكذا إن سماه على الأصح . وتلغو التسمية ، لأن تسمية الموكل غير معتبرة في الشراء ، فإذا سماه ، ولم يكن ^(١) صرّفه إليه ، صار كأنه لم يسمه . والثاني : العقد باطل ؛ فإذا قلنا بالأصح ، فذلك إذا قال : بعتك ، فقال : اشتريت لموكل فلان . فأما إذا قال البائع : بعت فلاناً ، فقال الوكيل : اشتريته له ، فالمذهب بطلان العقد ، لأنه لم تجر بينهما مخاطبة . ويخالف النكاح حيث يصح من الولي ووكيل الزوج على هذه الصيغة ، بل لا يصح إلا كذلك ، لأن للبيع أحكاماً تتعلق بالمجلس كالخيار وغيره ، وتلك الأحكام ، إنما يمكن اعتبارها بالمتعاقدين ، فاعتبر جريان

(١) في نسخة الظاهرية : ولم يكن .

المخاطبة بينها ، والنكاح سيفارة محضة . ثم ما ذكرناه في هذا الفصل ، تفريع على الجديد ، وهو منع وقف العقود ، وإلغاء تصرف الفضولي . وأما على القديم ، فالوكيل كأجنبي ، فيقف الشراء في الذمة على إجازته . فان أجاز ، وقع عنه ، وإلا ، فمن الوكيل ، وكذا الشراء بمين ماله ، ويصح العبد الآخر ، ينعقدان موقوفين على هذا القول كما ذكرنا في بابه .

فرع

وكيل المتب في القبول ، يجب أن يسمى موكله ، وإلا فيقع عنه ، لجريان الخطاب معه ، ولا ينصرف بالنية ^(١) إلى الموكل ، لأن الواهب قد يقصد تبرعه الخطاب ، وليس كل أحد يسمح بالتبرع عليه ، بخلاف الشراء ، فان المقصود منه حصول عوض .

قلت : قال في « البيان » : لو وكله أن يزوج بنته زيدا ، فزوجها وكيل زيد لزيد ، صح . ولو وكله في بيع عبده لزيد ، فباعه لوكيل زيد ، لم يصح . والفرق أن النكاح لا يقبل نقل الملك ، والبيع يقبله . ولهذا يقول وكيل النكاح : زوّج موكلتي ، ولا يقول : زوّجني لموكلتي . وفي البيع يقول : بعني لموكلي [ولا يقول : بع موكلي] . والله أعلم

الحكم الثاني : الوكالة حكم الأمانة . فيصد الوكيل يد أمانة ، فلا يضمن ما تلف في يده بلا تفريط ، سواء كان بجمل ، أو متبرعا ، فان تعدى ، بأن ركب الدابة ، أو لبس الثوب ، ضمن قطعاً ، ولا ينمزل عن المذهب ، بل يصح تصرفه ،

(١) في الاصل : ولا ينصرف إلا بالنية ، وما أبتناه من نسخة الظاهرية ، و« شرح الوجيز » .

وإذا باع وسلم المبيع ، زال عنه الضمان ، لأنه أخرجه من يده باذن المالك . وفي زوال الضمان بمجرد البيع ، وجهان . أحدهما : نعم ، لزوال ملك الموكل . وأصحابها : لا ، لأنه يرتفع العقد بتلفه قبل القبض . وأما الثمن الذي يقبضه ، فلا يكون مضموناً عليه ، لأنه لم يتمد فيه . ولو رد عليه البيع بعيب ، عاد الضمان .

فرع

لو دفع إلى وكيله دراهم ليشترى بها شيئاً ، فتصرف فيها على أن يكون قرضاً عليه ، صار ضامناً . وليس له أن يشتري للموكل بدراهم نفسه ، ولا في الذمة ، فلو حصل ، كان ما اشتراه لنفسه دون موكله . ولو عادت الدراهم التي تصرف فيها إليه ، فاشترى بها للموكل ، فهو على الخلاف في انزاله بالتمدي . فعلى المذهب : لا ينزول ، فيصح شراؤه ، ولا يكون ما اشتراه مضموناً عليه ، لأنه لم يتمد فيه . فلو رد ما اشتراه بعيب ، واسترد الثمن ، عاد مضموناً عليه .

فرع

مضى طالب الموكل الوكيل برد ماله ، لزمه أن يخلّي بينه وبينه ، فإن امتنع ، صار ضامناً كالودع .

الحكم الثالث : في الهبة ، فيه مسائل .

إحداها : الوكيل بالشراء إذا اشترى لموكله ما وكله في شرائه فلمن يقع المالك؟ وجهان . أحدهما : للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل ، لأن الخطاب جرى معه . وأحكام العقد تتعلق به . والصحيح : أنه يقع أولاً للموكل ، كما لو اشترى الأب للطفل ، فانه يقع للطفل ابتداءً ، ولأنه لو وقع الوكيل ، لعلق عليه أبوه إذا اشتراه لموكله ، فلا يعتق قطعاً .

الثانية : أحكام العقد في البيع والشراء ، تتعلق بالوكيل دون الموكل ، حتى تعتبر رؤية الوكيل للمبيع دون الموكل ، وتلزم بمفارقة الوكيل المجلس دون الموكل ، وكذا تسليم رأس المال في السلم والتقابض حيث يشترط ، يعتبران قبل مفارقة الوكيل . والفسخ بخيار المجلس وخيار الرؤية ، إن أثبتناه يثبت للوكيل دون الموكل ، حتى لو أراد الموكل^٥ الاجازة ، كان للوكيل الفسخ ، ذكره في « التتمة » .

الثالثة : إذا اشترى الوكيل بثمن معين ، طالبه به البائع ، إن كان في يده ، وإلا ، فلا . وإن اشترى في الذمة ، فإن كان الموكل قد سلم إليه ما يصرفه في الثمن ، طالبه البائع ، وإلا ، فإن أنكر البائع كونه وكيلًا ، أوقال : لا أدري ، هل هو وكيل ، أم لا ؟ طالبه به . وإن اعترف بوكالته ، فهل يطالب به الموكل فقط ؟ أم الوكيل فقط ؟ أم يطالب أيهما شاء ؟ فيه أوجه . أصحابها : الثالث . فإن قلنا بالثاني ، فهل للوكيل مطالبة الموكل قبل أن يفرم ؟ فيه وجهان . أصحابها : المنع . وإذا غرم الوكيل للبائع ، رجوع على الموكل ، ولا يشترط لثبوت الرجوع اشتراط الرجوع على المذهب . وإذا قلنا بالثالث ، فالوكيل كالضامن ، والموكل كالمضمون عنه ، فيرجع الوكيل إذا غرم . والقول في اعتبار شرط الرجوع ، وفي أنه هل يطالبه بتخليصه قبل الغرم ، كما سبق في الضمان . وفرع ابن سريج على الأوجه فقال : لو سلم دراهم إلى الوكيل ليصرفها إلى الثمن الملتزم في الذمة ، ففعل ، ثم ردها البائع بصيب ، فإن قلنا بالوجه الأول أو الثالث ، لزم الوكيل تلك الدراهم بأعيانها إلى الموكل ، وليس له إمساكها ودفع بدلها . وإن قلنا بالثاني ، فله ذلك ، لأن ما دفعه الموكل إليه على هذا الوجه ، أقرضه إياه ليبرئ ذمته . فإن عاد ، فهو ملكه . وللمستقرض إمساك ما استقرضه وردّه مثله . ولك أن تقول : لا خلاف أن الوكيل أن يرجع على الموكل في الجملة ، وإنما الكلام في أنه متى يرجع ؟ وبأي

شيء يرجع ؟ فإذا كان كذلك ، اتجه أن يكون تسليم الدرهم دفعا لمؤنة التراجع ، لا إقراضاً .

الرابعة : الوكيل بالبيع إذا قبض الثمن ، إما باذن صريح ، وإما بمقتضى البيع . إذا قلنا به ، فتلّف المقبوض في يده ، ثم خرج المبيع مستحقاً ، والمشتري معترف بالوكالة ، فهل يرجع بالثمن على الوكيل لحصول التلّف عنده ؟ أم على الموكل لأنه سفيره وبده يده ؟ أم على من شاء منها ؟ فيه الأوجه السابقة . فان قلنا : على الموكل أو الوكيل ، ف نرم ، لا يرجع أحدهما على صاحبه . وإن قلنا : يفرم أيها شاء ، فثلاثة أوجه . أصحها وأشهرها : أنه إن غرم الموكل ، لم يرجع على الوكيل ، وإن غرم الوكيل ، رجع على الموكل . والثاني : يرجع الموكل دون الوكيل ، لحصول التلّف في يده . والثالث : لا يرجع واحد منها . والذي يفتى به من هذه الاختلافات : أن المشتري يفرم من شاء منها ، والقرار على الموكل . ولذلك اقتصرنا على هذا الجواب في بدل الرهن (١) ، وإن كان يطرد فيه الخلاف .

الخامسة : الوكيل بالشراء إذا قبض المبيع وتلف في يده ، ثم بان مستحقاً ، فله مستحق مطالبة البائع بقيمة المبيع أو مثله ، لأنه غاصب . وفي مطالبته الوكيل أو الموكل ، الأوجه الثلاثة . قال الامام : والأقيس في المسألتين : أنه لا رجوع إلا على الوكيل ، لحصول التلّف في يده ، وبظهور الاستحقاق بان أن لا عقد ، وصار الوكيل قابضاً ملك غيره بلا حق . ويجري الخلاف في القرار في هذه الصورة .

السادسة : الوكيل بالبيع ، إذا باع بثمن في الذمة ، واستوفاه ودفعه إلى الموكل ، وخرج مستحقاً أو معيياً ، فردّه ، فلموكل أن يطالب المشتري بالثمن ، وله أن يفرم الوكيل ، لأنه صار مسلماً للمبيع قبل أخذ عوضه . وفيما يفرمه وجهان . أحدهما :

(١) في نسخة الظاهرية : في عدل الرهن .

قيمة العين، لأنه فوتها . والثاني : الثمن ، لأن حقه انتقل إليه . فان قلنا بالأول ، فأخذ منه القيمة ، طالب الوكيل المشتري بالثمن . فاذا أخذه ، دفعه إلى الموكل واسترد القيمة .

السابعة : دفع إليه دراهم ليشترى عبداً بيمينها ، ففعل ، فتلقت في يده قبل التسليم ، انفسخ البيع ، ولا شيء على الوكيل . وإن تلفت قبل الشراء ، ارتفعت الوكالة . ولو قال : اشتر في الذمة ، واصرفها إلى ائمن ، فتلقت في يد الوكيل بعد الشراء ، لم ينفسخ المقعد . ولكن هل ينقلب إلى الوكيل ويلزمه ائمن ؟ ام يبقى للموكل . وعليه مثل الدراهم ؟ أم يقال للموكل : إن أردته فادفع مثل تلك الدراهم ، وإلا فيقع عن الوكيل وعليه الثمن ؟ فيه ثلاثة أوجه . ولو تلفت قبل الشراء ، لم ينزل . فان اشترى للموكل ، فهل يقع له ، أم لو وكيل ؟ فيه الوجهان الأولان من هذه الثلاثة . قلت : هكذا ذكره صاحب « التهذيب » : وقطع في « الحاوي » ، بأنه إذا قال : اشتر في الذمة أو بيمينها ، فتلقت ، انفسخت الوكالة ، وانزل ، فاذا اشترى بعده ، وقع للوكيل قطعاً . واستدأعلم

فرع

إذا اشترى الوكيل شراءً فاسداً ، وقبض ، وتلف المبيع في يده ، أو بعد تسليمه إلى الموكل ، فللمالك مطالبته بالضمان ، ثم هو يرجع على الموكل .

فرع

لو أرسل رسولاً ليستقرض له ، فاقترض ، فهو كوكيل المشتري . وفي مطالبته

مافي مطالبة وكيل المشتري بالثمن . والمذهب : أنه يطالب ، وأنه إذا غرم ،
رجع على الموكل .

الحكم الرابع : الجواز من الجانبين ، فلكل واحد منها العزل . ولا ارتفاعها أسباب .

الأول : أن يعزله الموكل بقوله : عزلته ، أو رفعت الوكالة ، أو فسختها ، أو أبطلتها ، أو
أخرجته عنها ، فينزل سواء ابتداءً توكيله ، أو وكله بسؤال الخصم ، بأن سألت زوجها أن
يوكل في الطلاق ، أو الخلع ، أو المرتن الراهن أن يوكل ببيع الرهن ، أو
سأله خصمه أن يوكل في الخصومة . وهل ينزل قبل بلوغ العزل إليه ؟ قولان .
أظهرها : ينزل . فإن قلنا : لا ينزل حتى يبلغه الخبر ، فالمعتبر خبر من تقبل
روايته ، دون الصبي والفاسق . وإذا قلنا : ينزل ، فينبغي للموكل أن يشهد على
العزل ، لأن قوله بعد تصرف الوكيل : كنت عزلته ، لا يقبل .

الثاني : إذا قال الوكيل : عزلت نفسي ، أو أخرجتها عن الوكالة ، أو رددتها ،
انزل قطعاً ، كذا قاله الأصحاب . وقال بعض المتأخرين : إن كانت صيغة الموكل : بع
واعتق ونحوها من صيغ الأمر ، لم ينزل برد الوكالة ، وعزله نفسه ، لأن ذلك
إذن وإباحة ، فأشبه ما لو أباحه الطعام لا يرتد برد المباح له ، ولا يشترط في انزاله
بعزل نفسه حصول علم الموكل .

الثالث : ينزل الوكيل بخروجه ، أو خروج الموكل عن أهلية تلك التصرفات
بالموت أو الجنون . وفي وجه : لا ينزل بجنون لا يمتد ، بحيث تتعطل المهمات .
ويخرج إلى نصب قوَّام . والاعفاء ، كالجنون على الأصح . والثاني : لا ينزل به ،
واختاره الامام ، والغزالي في « الوسيط » ، لأن المنع عليه ، لا يلتحق بمن تولى عليه .
والمعتبر في الانزال ، التحاق الوكيل والموكل بمن تولى عليه . وفي معنى الجنون ،
الحجر عليه بسفه ، أو فلس في كل تصرف لا ينفذ منها . وكذا لو طرأ الرق ،

بأن وكل حريباً ، ثم استرق . وإذا جن الموكل ، انزل الوكيل في الحال وإن لم يبلغه الخبر قطعاً ، بخلاف الغزل .

الرابع : خروج محل التصرف عن ملك الموكل ، بأن باع [الموكل] ما وكله في بيعه أو أعتقه . فلو وكله ببيعه . ثم أجره ، قال في « التتمة » : ينزل ، لأن الاجارة إن منعت البيع ، لم يبق مالكاً للتصرف ، وإلا ، فهي علامة الندم ، لأن من يريد البيع لا يؤجر لقلّة الرغبات . وتزويج الجارية ، عزل . وفي طحن الحنطة وجهان . وجه الانزال ، بطلان اسم الحنطة . وأما المرض على البيع وتوكيل وكيل آخر ، فليس بمنزل قطعاً . الخامس : لو وكل عبده في بيع أو تصرف آخر ، ثم أعتقه أو باعه ، ففي انزاله أوجه . ثالثها : أنه إن كانت الصيغة : وكلتك ، بقي الاذن . وإن كانت : بيع ، أو نحوه ، ارتفع . والكتابة ، كالبيع . وعبد غيره كعبده . وإذا حكمنا ببقاء الاذن في صورة البيع ، لزمه استئذان المشتري ، لأن منافعه صارت له . فلم يستأذن ، نفذ تصرفه بقاء الاذن وإن عصى ، قال الامام : وفيه احتمال .

قلت : لم يصح الرافعي شيئاً من الخلاف في انزاله ، ولم يصححه الجمهور . وقد صحح صاحب « الحاوي » ، والجرجاني في المعايمة انزاله . وقطع به الجرجاني في كتابه « التحرير » . وأما عبد غيره ، فطرد الرافعي فيه الوجهين متابعة لصاحب « التهذيب » . ولكن المذهب ، والذي جزم به الأكثرون : القطع ببقائه . قال صاحب « البيان » : والخلاف في عبد غيره ، هو فيما إذا أمره السيد ليتوكل لغيره . فأما إن قال : إن شئت فتوكل لفلان ، وإلا ، فلا تتوكل ، ثم أعتقه أو باعه ، فلا ينزل قطعاً كالأجنبي . والله أعلم

السادس : لو جحد الوكيل الوكالة ، هل يكون ذلك عزلاً ؟ فيه أوجه ، أصحابها : ثالثها : إن كان لنسيان أو غرض في الاخفاء ، لم يكن عزلاً ، وإن تعمد

ولا عرض في الاخفاء ، انمزل . ولو أنكر الموكل التوكيل ، ففي انزاله الأوجه .
قلت : ومن فروع هذه ، لو وكل رجلين ، فمزل أحدهما لا بعينه ، فوجهان
في « الحاوي » ، و « المستظهي » ، أصحابها : لا ينفذ تصرف واحد منهما حتى يميز ،
للك في أهليته . والثاني : لكل التصرف ، لأن الأصل بقاء تصرفه . والله أعلم

فرع

متى قلنا : الوكالة جائزة ، أردنا الخالية عن الجعل . فأما إذا شرط [فيها] جعل
معلوم ، واجتمعت شرائط الاجارة ، وعقد بلفظ الاجارة ، فهي لازمة . وإن عقد
بلفظ الوكالة ، أمكن تخريجه على أن الاعتبار بصيغ العقود ، أم بمعانيها ؟

فصل

في مسائل منشورة

إحداها : وكله ببيع ، فباع ، ورد عليه المبيع ببيع ، أو أمره بشرط الخيار ،
فشرطه ، ففسخ البيع ، لم يكن له يمه ثانياً .

الثانية : قال : بع نصيبى من كذا ، أو قاسم شركائى ، أو خذ بالشفعة ، فأنكر الخصم
ملكه ، هل له الاثبات ؟ يخرج على الوجهين في أن الوكيل بالاستيفاء ، هل يثبت ؟

الثالثة : قال : بع بشرط الخيار ، فباع مطلقاً ، لم يصح . ولو أمره بالبيع
وأطلق ، لم يكن للوكيل شرط الخيار للمشتري ، وكذا ليس للوكيل بالشراء شرط
الخيار للبائع . وفي شرطها الخيار لأنفسها أو للموكل ، وجهان .

قلت : أصحابها : الجواز ، وبه قطع في « التتمة » . والله أعلم

الرابعة : أمره بشراء عبد ، أو يبيع عبد ، لا يجوز العقد على بعضه ، لضرر التبعض ولو فرضت فيه غبطة . وفيه وجه شاذ ضعيف . ولو قال : لشتره بهذا الثوب ، فاشتراه بنصف الثوب ، صح .

الخامسة : قال : بيع هؤلاء العبيد ، أو اشترى خمسة أعبد ، ووصفهم ، فله الجمع والتفريق ، إذ لا ضرر . ولو قال : اشترى صفقة ، ففرق ، لم يصح للموكل . فلو اشترى خمسة من مالكين ، لاحدهما ثلاثة ، وللآخر اثنان دفعة ، وصححنا مثل هذا العقد ، ففي وقوع شرائهم عن الموكل وجهان . أحدهما : الصحة ، لأنه ملكهم دفعة . وأصحها : المنع ، لأنه إذا تعدد البائع ، لم تكن الصفقة واحدة .

السادسة : قال : بيع هؤلاء الأعبد الثلاثة بألف ، لم يبيع واحداً منهم بدون ألف . ولو باعه بألف ، صح . ثم هل يبيع الآخرين ؟ فيه وجهان . أصحها : نعم . ولو قال : بيع من عبيدي من شئت ، أبقى بعضهم ولو واحداً .

السابعة : وكثله باستيفاء دينه على زيد ، فمات زيد ، نظر ، إن قال : وكثتك بطلب حقي من زيد ، لم يطالب الورثة . وإن قال : بطلب حقي الذي على زيد ، طالبهم .

قلت : ولو لم يمت ، جاز له القبض من وكيله قطعاً كيف كان ، قاله في « الشامل » وغيره . والله أعلم

الثامنة : أمره بالبيع مؤجلاً ، لا يلزمه المطالبة بعد الأجل ، ولكن عليه بيان التريم . وكذلك لو قال : ادفع هذا الذهب إلى صائغ ، فقال : دفعته ، فطالبه الموكل ببيانه ، فقال القفال : يلزمه البيان . فلو امتنع ، صار متعمداً ، حتى لو بينه بعد ذلك ، وكان تلف في يد الصائغ ، يلزمه الضمان . قال القفال : والأصحاب يقولون : لا يلزمه البيان .

قلت : هذا المنقول عن الأصحاب ، ضعيف أو خطأ . والله أعلم

التاسعة : قال لرجل : بع عبدك لفلان بألف ، وأنا أدفعه إليك ، فباعه له ، قال ابن سريج : يستحق البائع الألف على الأمر دون المشتري . فإذا غرم الأمر ، رجع على المشتري .

قلت : هذا كله مشكل مخالف للقواعد من وجين ، وهما لزوم الألف للأمر ، ورجوعه بها بغير إذن المشتري . ومن قضى دين غيره بلا إذن ، لا يرجع قطعاً كما سبق في الضمان . وقد قال أصحابنا : لو قال : بع عبدك لفلان بألف عليّ ، لم يصح التزامه . فالصواب : أنه لا يلزم الأمر شيء ، لأنه ضمان ما لم يجب ، ولا جرى سبب وجوبه . ثم رأيت صاحب « الحاوي » رحمه الله ، أوضح المسألة فقال : لو قال لرجل : بع عبدك هذا على زيد بألف درهم ، وهي عليّ دونه ، فله حالان .

أحدهما : أن يكون هذا الأمر هو المتولي للمقد ، فيصح ويكون مشترياً لغيره بضمن في ذمته ، فيعتبر حال زيد المشتري له . فإن كان مولياً عليه ، أو أذن فيه ، كان الشراء له ، والتمن على العاقد الضامن . وإن كان غير مولى عليه ، ولا أذن ، كان المشتري للماقد ، يعني على الأصح فيما لو قال : اشتريه لزيد ، وليس وكيلاً له . وعلى وجه : ييمه باطل .

الحال الثاني : أن يكون زيد هو العاقد ، فوجهان . أحدهما : يصح ويكون المبدل لزيد بلا ثمن ، والتمن على الضامن الأمر ، قاله ابن سريج . والثاني - قال : وهو الصحيح - : أن البيع باطل ، لأن عقد البيع ما أوجب تمليك المبيع عوضاً على المالك ، وهذا مفقود هنا ، فيبطل . فلي هذا ، لو قال : بع عبدك على زيد بألف درهم ، وخمسائة عليّ ، ففعل ، فعند ابن سريج : العقد صحيح ، وعلى المشتري

ألف ، وعلى الأمر خمسمائة ، وعلى الصحيح : العقد باطل ، هذا كلام صاحب « الحاوي » وهو واضح حسن . وعجب من الامام الرافعي ، اقتصاره على ما حكاه عن ابن سريج ، وإهماله بيان المذهب الصحيح . ثم حكايته عن ابن سريج ، مخالفة في الرجوع ما ذكرنا . والله أعلم

العاشرة : قال : اشترى لي عبد فلان بثوبك هذا ، أو بدراهمك ، ففعل ، حصل الملك للأمر ورجع عليه الأمور بالقيمة أو المثل . وفي وجه ضعيف : لا يرجع إلا أن يشترط الرجوع .

الحادية عشرة : متى قبض وكيل المشتري المبيع ، وغرم الثمن من ماله ، لم يكن له حبس المبيع ليغرم الموكل له . وفي وجه ضعيف : له ذلك .

الثانية عشرة : وكأله عمرو باستيفاء دينه من زيد ، فقال زيد : خذ هذه المشرة ، واقض بها دين عمرو ، فأخذها ، صار وكيلاً لزيد في قضاء دينه ، حتى يجوز لزيد استردادها ما دامت في يد الوكيل . ولو تلفت عند الوكيل ، بقي الدين على زيد . ولو قال زيد : خذها عن الدين الذي تطالبني به لعمرو ، فأخذها ، كان قبضاً لعمرو ، وبرئ زيد ، وليس له الاسترداد . ولو قال : خذها قضاءً لدين فلان ، فهذا محتمل للحالين . فلو تنازع عمرو وزيد ، فالقول قول زيد يمينه . قلت : المختار في هذه الصورة ، أنه عند الإطلاق إقباض بوكالة عمرو .

والله أعلم

الثالثة عشرة : دفع إليه دراهم ليتصدق بها ، فتصدق ونوى نفسه ، لفت نيته ووقفت الصدقة للأمر .

الرابعة عشرة : وكأله عبداً ليشتري له نفسه ، أو مولى آخر من مولاه ،

صح على الأصح . فعلى هذا ، قال صاحب « التقريب » : يجب أن يصرح بذكر الموكل فيقول : اشتريت نفسي منك لموكلي فلان ، وإلا فقوله : اشتريت نفسي ، صريح في اقتضاء المتق ، فلا يندفع بمجرد النية . ولو قال العبد لرجل : اشتري نفسي من سيدي ، ففعل ، صح . قال صاحب « التقريب » : ويشترط التصريح بالاضافة إلى العبد ، فلو أطلق ، وقع الشراء للموكيل ، لأن البائع لا يرضى بمقد يتضمن الاعتراف قبل توفية الثمن (١) .

الخامسة عشرة : قال لرجل : أسلم لي في كذا ، وأد رأس المال من مالك ، ثم ارجع عليّ ، قال ابن سريج : يصح ويكون رأس المال قرضاً على الأمر . وقيل : لا يصح ، لأن الاقراض لا يتم إلا بالاقباض ، ولم يوجد من المستقرض قبض . قلت : الأصح عند الشيخ أبي حامد وصاحب « العدة » : أنه لا يصح . قال الشيخ أبو حامد : هذا الذي قاله أبو العباس ، سهو منه . قال : وقد نص الشافعي رضي الله عنه في كتاب الصرف ، أن ذلك لا يجوز . والله أعلم .

السادسة عشرة : لو أبرأ وكيل المسلم السلم إليه ، لم يلزم إبرأؤه الموكل . لكن المسلم إليه لو قال : لا أعلمك وكيلاً ، وإنما التزمت لك شيئاً وأبرأتني منه ، نفذ في الظاهر ، ويتمطل بفعله حق السلم . وفي وجوب الفسخ عليه قولاً الغرم بالحيلولة . والأظهر : وجوبه ، لكن لا يفرم مثل المسلم [فيه] ولا قيمته ، كي لا يكون اعتياضاً عن السلم ، وإنما يفرم رأس المال ، كذا حكاه الامام عن المراقين ، واستحسنه . ورأيت في تعليق الشيخ أبي حامد : أنه يفرم للموكل مثل المسلم فيه . السابعة عشرة : قال : اشتر لي طعاماً ، نص الشافعي رضي الله عنه ، على

(١) في نسخة الظاهرية : لا يتضمن الاعتراف قبل توفير الثمن .

أنه يحمل على الخطة اعتباراً بفرهم . قال الروياني : وعلى هذا لو كان بطبرستان ، لم يصح التوكيل ، لأنه لأعرف فيه لهذا اللفظ عندهم .

الثامنة عشرة : قال : وكلنك ببراء غرمائي ، لم يملك الوكيل إبراء نفسه . فان قال : وإن شئت فأبرئ نفسك ، فعلى الخلاف في توكيل المديون ببراء نفسه . ولو قال : فرّق ثلثي على الفقراء ، وإن شئت أن تضعه في نفسك فافعل ، فعلى الخلاف فيمن أذن له في البيع لنفسه .

التاسعة عشرة : قال : بع هذا ثم هذا ، لزمه رعاية الترتيب ، قاله القفال . العشرون : جمل للوكيل جلاً ، فباع ، استحقه وإن تلف الثمن في يده ، لأن استحقاقه بالعمل وقد عمل .

قلت : ومن مسائل الباب فروع .

أحدها : قال في « الحاوي » : لو شهد زيد شاهدان عند الحاكم أن عمرأ وكّله ، فان وقع في نفس زيد صدقها ، جاز العمل بالوكالة . ولو رد الحاكم شهادتهما ، لم ينعمه ذلك من العمل بها ، لأن قبولها عند زيد خبر ، وعند الحاكم شهادة . وإن لم يصدقها ، لم يجز [له] العمل بها ، ولا يعني قبول الحاكم شهادتهما عن تصديقه .

الثاني : قال في « الحاوي » : إذا سأل الوكيل موكله أن يشهد على نفسه بتوكيله ، فان كانت الوكالة فيما لو ججده الموكل ضمنه الوكيل ، كالبيع ، والشراء ، وقبض المال ، وقضاء الدين ، لزمه . وإن كانت فيما لا يضمنه الوكيل ، كاثبات الحق بطلب الشفعة ومقاسمة الشريك ، لم يلزمه .

الثالث : قال في « البيان » : لو قال : اشتر لي جارية أطوؤها ، ووصفها ، وبيّن ثمنها ، فاشترى من تحرّم عليه ، أو أخت من يطوؤها ، لم يلزم الموكل ، لأنه غير المأذون فيه .

الرابع : وكّله أن يتزوج امرأة ، ففي اشتراط تعيينها وجهان في « البيان »
وغيره ، الأصح أو الصحيح : الاشتراط . والله أعلم

الباب الثالث في الاختلاف

وهو ثلاثة أضرب .

الأول : في أصل العقد . فإذا اختلفا في أصل الوكالة ، أو كيفيتها ، أو قدر
ما يشتري به ، فقال : وكّلتني في بيع كله ، أو بيع نسيئة ، أو بعشرة ، فقال : بل
في بيع بعضه ، أو بحال ، أو بخمسة ، فالقول قول الموكل .

فرع

أذن في شراء جارية ، فاشتراها الوكيل بمشرين ، وقال : أذنت لي في العشرين ،
وقال الموكل : بل في عشرة ، وحلفناه ، فحلف ، فينظر في الشراء ، أكان بعين مال
الموكل ، أم في الزمة ؟ فإن كان بعينه ، فإن ذكر في العقد أن المال لفلان ، وأن
الشراء له ، فهو باطل . وإن لم يذكر في العقد ، وقال بعد الشراء : إنما اشتريت له ،
فإن صدقه البائع ، فالعقد باطل ، فإذا بطل ، فالجارية للبائع وعليه رد ما أخذ .
وإن كذبه البائع ، وقال : إنما اشتريت لنفسك والمال لك ، حلف على نفي العلم
بالوكالة ، وحكم بصحة الشراء للوكيل في الظاهر ، وسلم ائتمن المعين إلى البائع ،
وغيرم الوكيل مثله للموكل . وإن كان الشراء في الزمة ، نظر ، إن لم يسم الموكل
بل نواه ، كانت الجارية الوكيل بالشراء له ظاهراً ، وإن سماه ، فإن صدقه البائع

بطل الشراء ، لاتفاقها على أنه للغير . وإن كذبه ، وقال : أنت مبطل في تسميته ، لزم الشراء للوكيل . وهل يكون كما لو اقتصر على النية ، أم يبطل الشراء ؟ وجهان سبق نظرهما . أصحها : صحته ووقوعه للوكيل . وحيث صححنا الشراء ، وجعلنا الجارية للوكيل ظاهراً ، وهو يزعم أنها للوكيل ، قال المزني : والشافعي رضي الله عنه : يستحب (١) في مثل هذا أن يرفق الحاكم بالأمر للأمور ، فيقول : إن كنت أمرته أن يشتريها بعشرين ، فقد بعته لها بعشرين . فيقول الآخر : قلت ليحل له الفرج . قال أصحابنا : إن أطلق الموكل وقال : بعتكها بعشرين ، فقال المشتري : اشتريت ، صارت الجارية له ظاهراً وباطناً . وإن علق كما ذكره المزني ، فوجهان أحدهما : لا يصح ، للتعليق . قالوا : والتعليق فيما حكاه المزني ، من كلام الحاكم ، لا من كلام الموكل . وأصحها : الصحة ، لأنه لا يتمكن من البيع إلا بهذا الشرط ، فلا يضر التعرض له . وسواء أطلق البيع ، أو علقه ، لا نجعل ذلك إقراراً بما قاله الوكيل . وإن امتنع الموكل من الإجابة ، أو لم يرفق به الحاكم ، نظر ، إن كان الوكيل كاذباً ، لم يحل له وطؤها ، ولا التصرف فيها ببيع ولا غيره . إن كان الشراء بين مال الموكل ، لأن الجارية للبائع . وإن كان في الذمة ، ثبت الحل ، لوقوع الشراء للوكيل ، لكونه مخالفاً للموكل . وذكر في « التتمة » : أنه إذا كان كاذباً والشراء بين مال الموكل ، فالوكيل يبيعها بنفسه أو بالحاكم ، لأن البائع يكون أخذ مال الموكل بغير استحقاق ، وقد غرم الوكيل للموكل ، وكان له أن يقول للبائع : رد مال الموكل ، لكن تعذر ذلك باليمين ، فله أخذ حقه من الجارية التي هي ملكه .

(١) في الاصل : قال المزني والشافعي رضي الله عنهما : يستحب . . . وما أثبتناه موافق لمخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

وإن كان الوكيل صادقاً ، ففيه أوجه .

أحدها : يحل للوكيل ظاهراً وباطناً ، فيحل له الوطاء وكل تصرف ، حكى عن الاصطخري ، وهو بناء على أن الملك يقع للوكيل ، ثم ينتقل إلى الموكل . فإذا تمذر نقله ، بقي له . ومنهم من خص هذا الوجه بما إذا اشترى في الذمة ، وإليه مال الامام .

والوجه الثاني : إن ترك الوكيل غاصمة الموكل ، فالجارية له ظاهراً وباطناً ، وكأنه كذب نفسه ، وإلا ، فلا .

والثالث ، وهو الأصح : أنه لا يملكها باطنياً ، بل هي للموكل ، والوكيل عليه الثمن ، فهو كمن له على رجل دين لا يؤديه ، فظفر بغير جنس حقه ، ففي جواز بيعه وأخذ الحق من ثمنه (١) ، خلاف . الأصح : الجواز . ثم هل يبائن البيع بنفسه ، أم يرفع الأمر إلى القاضي لبيعه ؟ فيه خلاف . والأصح هنا : [له] البيع بنفسه ، لأن القاضي لا يجيبه إلى البيع . وإذا قلنا : ليس له أخذ حقه من ثمنها ، فهل يوقف في يده حتى يظهر مالها ، ويأخذها الحاكم ويحفظها ؟ وجهان يأتي نظائرهما إن شاء الله تعالى .

فرع

لو اشترى جارية ، فقال الموكل : إنما وكلتك بشراء غيرها ، وحلف عليه ، بقيت الجارية في يد الوكيل ، والحكم على ما ذكرناه في الصورة السابقة ، فيتلطف الحاكم ويرفق .

(١) في الأصل : ففي جواز أخذه وبيع الحق من ثمنه ، وما أثبتناه من مخطوطة

فرع

باع الوكيل مؤجلاً ، ثم ادعى أنه مأذون له فيه ، فقال الموكل : ما أذنت لك إلا في حال ، فاقول قول الموكل . ثم لا يخلو ، إما أن ينكر المشتري الوكالة ، أو يعترف بها .

الحال الأول : أن ينكر ، فالوكل يحتاج إلى البينة . فإن لم تكن ^(١) فالقول قول المشتري مع يمينه على نفي العلم بالوكالة ، فإن حلف ، قرر البيع في يده ، وإلا ، فترد الامين على الموكل . فإن حلف ، حكم ببطالان البيع ، وإلا ، فهو كما لو حلف المشتري . ونكول الموكل عن يمين الرد في خصومة المشتري ، لا يمنعه من الحلف على الوكيل . وإذا حلف عليه ، فله أن يفرم الوكيل قيمة المبيع ، أو مثله إن كان مثلياً ، ولا يطالب الوكيل المشتري حتى يحل الأجل ، مؤاخذه له بمقتضى تصرفه ، فإذا حل ، نظر ، إن رجع عن قوله الأول وصدق الموكل ، لم يأخذ من المشتري إلا أقل الأمرين من الثمن والقيمة . وإن لم يرجع ، بل أصر على قوله ، طالبه بالثمن بتمامه . فإن كان مثل القيمة أو أقل ، فذاك . وإن كان أكثر ، فالزيادة في يده ^(٢) للموكل بزعمه ، والموكل ينكرها ، فهل يحفظها ، أم يلزمه دفعها إلى القاضي ؟ فيه خلاف مذكور في مواضع ثم إن كان ما أخذه من جنس حقه ، فذاك ، وإلا فملى الخلاف السابق ، كذا قاله الجمهور وهو الذذهب . وقال الامام ، والنزالي : يقطع هنا بأخذه ، لأن المالك في غير الجنس بدعيه لنفسه ، والموكل هنا لا يدعي انتمن ، فأولى مصارفه التسليم إلى الوكيل الغارم .

الحال الثاني : أن يعترف المشتري بالوكالة ، فينظر ، إن صدق الموكل ، فالبيع

(١) في الأصل : فإن أنكر ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية .

(٢) في الأصل : في هذه .

باطل ، وعليه رد البيع . فان تلف ، فالموكل بالخيار ، إن شاء غرّم الوكيل ، لتمديه ، وإن شاء غرّم المشتري . وقرار الضمان على المشتري ، لحصول الهلاك في يده ، ويرجع بالثمن الذي دفعه على الوكيل . وإن صدق الوكيل ، فالقول قول الموكل مع يمينه ، فان حلف ، أخذ العين . وإن نكل ، حلف المشتري وبقيت له . الموضع الثاني : في المأذون فيه ، إذا وكله في بيع ، أو هبة ، أو صلح ، أو طلاق ، أو إعتاق ، أو إبراء ، فقال : تصرفت كما أذنت ، وقال الموكل : لم تصرف بعد ، نظر ، إن جرى هذا الاختلاف بمد انفزال الوكيل ، لم يقبل قوله إلا بينة ، لأنه غير مالك للتصرف حينئذ . وإن جرى قبل الانفصال ، فهد القول قول الموكل ، أم الوكيل ؟ قولان . أظهرهما عند الأكثرين : الأول ، وهو نصه في مواضع . وقيل : ما يستقل به الوكيل ، كإطلاق ، والاعتاق ، والإبراء ، يقبل قوله فيه بيمينه ، وما لا ، كالبيع ، فلا . ولو صدق الموكل الوكيل في البيع ونحوه ، لكن قال : عزلتك قبل التصرف ، وقال الوكيل : بل بعد التصرف ، فهو كما لو قال الزوج : راجعتك قبل انقضاء العدة ، فقالت : انقضت عدتي قبل الرجعة . ولو قال الموكل : باع الوكيل ، فقال : لم أبيع . فان صدق المشتري الموكل ، حكم بانتقال الملك إليه ، وإلا ، فالقول قوله .

فرع

دعوى الوكيل تلف المال ، مقبولة بيمينه قطعاً ، وكذا دعواه الرد إن كان بلا جعل ، وكذا إن كان بجعل على الأصح ، وقد ذكرناه في كتاب الرهن . وكل ما ذكرناه هنا وهناك ، إذا ادعى الرد على من ائتمنه . فان ادعى الرد على غيره ، لم يقبل ، وسيأتي إيضاحه في كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى . ومن ذلك ، أن يدعي الوكيل الرد على رسول المالك ، لاسترداد ما عنده ، وينكر الرسول ، فالقول

قول الرسول بلا خلاف ، ولا يلزم الموكل تصديق الوكيل على الصحيح ، لأنه يدعي الرد على من لم يأتمنه. وقيل : يلزمه ، لأنه معترف بالرسالة ، ويدرسوله يده ، فكأنه ادعى الرد عليه . الموضع الثالث : في القبض ، فإذا وكله بقبض دين ، فقال : قبضته ، وأنكر الموكل ، نظر ، إن قال : قبضته وهو باقٍ في يدي ، فخذ ، لزمه أخذه ، ولا معنى لهذا الاختلاف . وإن قال : قبضته وتلف في يدي ، فالقول قول الموكل مع يمينه على نفي العلم بقبض الوكيل ، لأن الأصل بقاء حقه ، وهذا هو المذهب . وقيل بطرد الخلاف في اختلافهما في البيع ونحوه . فعلى المذهب ، إذا حلف الموكل ، أخذ حقه من كان عليه ، ولا رجوع له على الوكيل ، لاعترافه بأنه مظلوم . ولو وكله في البيع وقبض الثمن ، أو في البيع مطلقاً ، وجوزنا له قبض الثمن ، فاتفقا على البيع ، واختلفا في قبض الثمن ، فقال الوكيل : قبضته وتلف في يدي ، أو دفعته إليك وأنكر الموكل ، ففي المصدق منها طريقتان . أحدهما : على الخلاف السابق في البيع ونحوه . وأصحها : أنها إن اختلفا قبل تسليم المبيع ، فالقول قول الموكل ، وإن كان بعد تسليمه ، فوجهان . أحدهما : قول الموكل . وأصحها : قول الوكيل ، وبه قال ابن الحداد ، لأن الموكل يدعي تقصيره وخيائته بالتسليم بلا قبض ، والأصل عدمه . وهذا التفصيل فيما إذا أذن في البيع مطلقاً . فإذا أذن في التسليم قبل قبض الثمن ، أو في البيع بمؤجل وفي القبض بعد الأجل ، لم يكن خائناً بالتسليم بلا قبض ، فلاختلاف كالاختلاف قبل التسليم ، فإذا صدقنا الوكيل فحلف ، ففي براءة المشتري ، وجهان . أصحها عند الامام : يبرأ . وأصحها عند البغوي : لا . فعلى الأول ، إذا حلف وبرئ المشتري ، ثم وجد المشتري بالبائع عيباً ، فإن رده على الموكل وغرمه الثمن ، لم يكن له الرجوع على الوكيل ، لاعترافه بأن الوكيل لم يأخذ شيئاً . وإن رده على الوكيل وغرمه ، لم يرجع على الموكل ، والقول قوله بيمينه أنه لم يأخذ منه شيئاً ، ولا يلزم من

تصدقنا للوكيل في الدفع عن نفسه بيمينه أن ثلثت بها حقاً على غيره . ولو خرج المبيع مستحقاً ، رجع المشتري بالثمن على الوكيل ، لأنه دفعه إليه ، ولا رجوع له على الموكل لما سبق . ولو اتفقا على قبض الوكيل الثمن ، وقال الوكيل : دفعته إليك ، وقال الموكل : بل هو باقٍ عندك ، فهو كما لو اختلفا في رد المال المسلم إليه . والمذهب : أن القول قول الموكل (١) . ولو قال الموكل : قبضت الثمن فادفعه إليّ ، فقال الوكيل : لم أقبضه بعد ، فالقول قول الوكيل مع يمينه ، وليس للموكل طلبه من المشتري ، لاعترافه بقبض وكيله ، لكن لو سلم الوكيل المبيع حيث لا يجوز التسليم قبل قبض الثمن ، فهو متعمد ، فلموكل أن ينرمه قيمة المبيع .

فصل

دفع إليه مالاً ، ووكله بقضاء دينه به ، ثم قال الوكيل : قضيت به ، وأنكر رب الدين ، صدق رب الدين بيمينه ، فإذا حلف ، طالب الموكل بحقه ، وليس له مطالبة الوكيل . وهل يقبل قول الوكيل على الموكل ؟ قولان . أظهرهما : لا . والثاني : نعم بيمينه . فعلى الأظهر : ينظر ، إن ترك الأشهاد على الدفع ، فإن دفع بحضرة الموكل ، فلا رجوع للموكل عليه على الأصح . وإن دفع في غيبته ، رجع ، وسواء صدقه الموكل في الدفع ، أم لا ، على الصحيح . وفي وجه : لا يرجع إذا صدقه . فلو قال : دفعت بحضرتك ، صدق الموكل بيمينه . وإن كان قد أشهد ، لكن مات الشهود ، أو جنوا ، أو غابوا ، فلا رجوع . وإن أشهد واحداً أو مستورين ، فبأن فاسقين ، فوجهان . وكل ذلك ، على ما ذكرناه في رجوع الضامن على الأصيل . ولو أمره بالابداع ، ففي لزوم الأشهاد وجهان مذكوران في الوديعة .

(١) في نسخة الظاهرية : القول قول الوكيل .

فصل

إذا ادعى قيم اليتيم أو الوصي دفع المال إليه بعد البلوغ ، لم يقبل إلا بينة على الصحيح .

فصل

إذا طالب المالك مَنْ في يده المال بالرد ، فقال : لا أرد حتى تشهد عليك ، نظر ، إن كان ممن يقبل قوله في الرد كالمودع والوكيل ، فأوجه . أصحابها : ليس له ذلك . والثاني : بلى . والثالث : إن كان التوقف إلى الاشهاد يؤخر التسليم ، فليس له ، وإلا ، فله . وإن كان ممن لا يقبل قوله كالغاصب ، فإن كان عليه بينة بالأخذ ، فله الامتناع ، وإلا ، فوجهان . صحح البغوي الامتناع ، وقطع المراقبون بدمه ، لأنه يمكنه أن يقول : ليس له عندي شيء ، ويحلف ، والمديون في هذا الحكم كمن لا يقبل قوله في رد الاعيان .

فصل

إذا كان عليه دين لزيد ، أو عين في يده ، فقال رجل : أنا وكيله بالقبض منك فأقبضنيه ، فله حالان . أحدهما : أن يصدق في دعوى الوكالة ، فله دفعه إليه . فإن دفع فحضر زيد ، وأنكر الوكالة ، فالقول قوله يمينه . فإذا حلف ، فإن كان الحق عيناً ، أخذها ، فإن تلفت ، فله تفريم من شاء منها ، ولا رجوع للقارم على الآخر ، لأنه مظلوم بزعمه ، فلا يؤخذ غير ظالمة . قال في التهمة : هذا إذا تلفت بلا تفريط . وإن تلفت بتفريط القابض ، نظر ، إن غرم القابض ، فلا رجوع . وإن غرم الدافع ، رجع ، لأن القابض وكيل عنده ، والوكيل يضمن بالتفريط ، وزيد ظالمة بأخذ القيمة

منه ، وماله في ذمة القابض ، فيستوفيه بحقه . وإن كان الحق ديناً ، فله مطالبة الدافع بحقه . وإذا غرمه ، قال المتولي : إن كان المدفوع باقياً ، فله استرداده وإن كان ذلك لزيد في زعمه ، لأنه ظالمه بتفريعه ، وقد ظفر بماله . وإن كان تالفاً ، فإن فرط فيه ، غرمه ، وإلا ، فلا . وهل لزيد مطالبة القابض ؟ نظر ، إن تلف المدفوع عنده ، فلا ، وكذا إن كان باقياً على الأصح ، وبه قال الأكثرون ، لأن الآخذ فضولي بزعمه ، والمأخوذ ليس حقه ، وإنما هو مال المديون . وقال أبو إسحاق ، والشيخ أبو حامد : له مطالبته ، لأنه في معنى وكيله بالدفع إليه . فعلى هذا ، إذا أخذه ، برىء الدافع ، هذا كله في جواز الدفع إذا صدقه في الوكالة ، وهل يلزم الدفع ، أم له الامتناع إلى قيام البينة ؟ نص هنا ، أن له الامتناع . ونص فيما لو أقر بدين أو عين لزيد ، وأنه مات وهذا وارثه : أنه يلزمه الدفع ، لا بينة ؟ ققيل قولان فيها . والمذهب : تقرير النصين .

الحال الثاني : أن لا يصدقه ، فلا يكلف الرفع إليه . فإن دفع ثم حضر زيد وحلف على نفي الوكالة ، غرم الدافع ، وكان له أن يرجع على القابض ديناً كان أو عيناً ، لأنه لم يصرح بصدقه . ولو أنكر الوكالة أو الحق ، وكان الوكيل مأذوناً له في إقامة البينة ، أو قلنا : الوكيل بالقبض مطلقاً له إقامة البينة ، أقامها وأخذ الحق . فإن لم تكن بينة ، فهل له التحليف ؟ يبنى على أنه لو صدقه ، هل يلزمه الدفع ؟ إن قلنا : نعم ، حلفه ، وإلا ، فيسنى على أن النكول مع عين الرد كالبينة ، أم كالأقرار ؟ وإن قلنا بالأول ، حلفه ، وإلا ، فلا .

فرع

جاء رجل وقال لمن عليه الدين : أحالي به مالكة ، فصدقه . وقلنا : إذا صدق

مدعي الوكالة ، لا يلزمه الدفع ، فهنا وجهان . أحدهما : يلزمه كالوارث . ولو كذبه ولم تكن بينة ، هل له تخليفه ؟ إن ألزمناه الدفع ، فنعلم ، وإلا ، فكما سبق . ولو قال : مات فلان وله عندي كذا ، وهذا وصيه ، فهو كقوله : وارثه . فلو قال : مات ، وقد أوصى به لهذا الرجل ، فكأقراره بالحوالة .

فرع

إذا أوجبنا الدفع إلى الوارث والوصي ، أو لم نوجب ، فدفع ، ثم بان حياة المستحق ، وغرم الدافع ، فله الرجوع على المدفوع إليه . ولو جحد الحوالة ، فكجحد الوكالة .

فصل

إذا ادعى على رجل أنه دفع إليه متاعاً ليبيعه ويقبض ثمنه ، وطالبة برده ، أو قال : بئته وقبضت ثمنه فسلته إليّ ، فأنكر المدعى عليه ، فأقام المدعي بينة بما ادعى ، فادعى المدعى عليه أنه كان تلف ، أو رد ، فظفر في صيغة جحوده ، فإن قال : مالك عندي شيء ، أو لا يلزمي تسليم شيء إليك ، قبل قوله في الرد والتلف . وإن أقام بينة ، سمعت ، إذ لا تناقض بين كلاميه . وإذا كانت صيغته : ما وكلتني ، أو ما دفعت إليّ شيئاً ، أو ما قبضت ، فإن ادعى التلف أو الرد قبل الجحود ، لم يقبل ، لمناقضته ، ولزمه الضمان . وإن أقام بينة بما ادعاه ، فوجهان . أحدهما : نسمع دعواه وبئته . وأصحها عند الامام ، والغزالي : لا نسمع . ولو ادعى أنه رد بعد الجحود ، لم يصدق ، لمصيره خائناً . فلو أقام بينة ، سمعت على المذهب ، وهو المعروف ، لأن غايته أن يكون كالفاسد ، ومعلوم أنه نسمع ببئته بالرد . وقال الامام : فيه الوجهان ، للتناقض ،

وهو حسن . ولو ادعى التلف بعد الجحود ، صدق يمينه لتقطع عنه المطالبة برد العين ، ولكن يلزمه الضمان ، لخياته ، كما إذا ادعى الغاصب التلف .

فصل

إذا ادعى عليه خيانة ، لم تسمع حتى يبين ما خان به ، بأن يقول : بعتَ بشرة ، وما دفعت إليّ إلا خمسة .

فصل

وكل قبض دين أو استرداد ودیعة ، فقال المديون والمودع : دفعت ، وصدقه الموكل ، وأنكر الوكيل ، هل يفرم الدافع بترك الاشهاد ؟ وجهان كما لو ترك الوكيل بقضاء الدين الاشهاد .

قلت : الأصح : أنه لا يفرم . والله أعلم

فصل

من قال : أنا وكيل في النكاح أو البيع ^(١) ، وصدقه من يعامله ، صح العقد . فلو قال الوكيل بعد العقد : لم أكن مأذوناً فيه ، لم يلتفت إليه ، ولم يحكم بطلان العقد ، وكذا لو صدقه المشتري ، لأن فيه حقاً للموكل ، إلا أن يقيم المشتري بينة على إقراره بأنه لم يكن مأذوناً في ذلك التصرف .

(١) في الاصل : أو يبيع .

كتاب الإقرار

هو إخبار عن حق سابق ، وفيه أربعة أبواب .

الأول : في أركانه ، وهي أربعة .

الأول : المقر ، وهو مطلق ، ومحجور عليه . فالملّلق ، يصح إقراره . قال
الغزالي : يصح إقراره بكل ما يقدر على إنشائه ، وهذا الضبط تستثنى منه صور .
منها : لو قال الوكيل : تصرفت كما أذنت ، فقال الموكل : لم تصرف ، لم يقبل
إقرار الوكيل على أحد القولين مع قدرته على الانشاء . وكذا لو قال : استوفيت
ما أمرتي باستيفائه ، ونازعه كما سبق . ومنها : إنشاء نكاح الثيب إلى وإيها ،
فإقراره غير مقبول ، ويمكن أن يزداد في الضبط فيقال : ينفذ إقراره في التصرفات
المتعلقة به التي يستقل بإنشائها . أو يقال : ما يقدر على إنشائه ، يؤخذ المقر بموجب
إقراره ، ولا يلزمه نفوذه في حق الغير ، فتخرج عنه المسائل . وأما المحجور ،
فقد ذكرنا أقسامه في كتاب الحجر . فمنه الصبي ، وإقراره باطل ، لكن يصح
إقراره بالوصية والتدبير إذا صححناها منه . ولو ادعى أنه بلغ بالاحتلام ، أو ادعت
أنها بلغت بالحيض في وقت إمكانها ، صدقا . فإن فرض ذلك في خصومة ، لم يحلفا ،
لأنه لا يعرف إلا من جهتها ، فأشبه إذا علق العلق بمشبهة غيره . فقال : شئت ،
صدق بلا عين ، هكذا قاله الشيخ أبو زيد ، والامام ، والغزالي . قال الامام : فلو بلغ
مبلغا يتيقن بلوغه ، فالظاهر أنه لا يحلف أيضا على أنه كان بالغا ، لأننا إذا حكمنا
بمقتضى قوله ، فقد أنهينا الخصومة منهاها ، فلا عود إلى التحليف . وفي « التهذيب » وغيره :
أنه إذا جاء واحد من النزاة يطلب سهم المقاتلة ، وذكر أنه احتمل ، حلف وأخذ

السهم . فان لم يحلف ، ففي إعطائه ، وجهان . ولو ادعى البلوغ بالسن ، طوبى بالبينة ، لامكانها . فلو كان غريباً خامل الذكر ، فهل يطالب بالبينة لامكانها من جنس المدعي ؟ أم يلحق بالاحتلام ؟ أم ينظر إلى الانبات لتعذر معرفة التاريخ كما في صبيان الكفار ؟ فيه ثلاثة احتمالات للامام . أصحها : أولها .

قلت : ولو أقر بمد بلوغه ورشده أنه أتلف في صباه مالاً ، لزمه الآن قطعاً ، كما لو قامت به بينة ، ذكره ابن كج . والله أعلم

ومنه المجنون ، وهو مسلوب المبالغة إنشاء وإقراراً في كل شيء بلا استثناء . وفي السكران ، خلاف وتفصيل مشهور ، نذكره في كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى . قلت : والنعمة عليه ، ومن زال عقله بسبب يعضر فيه ، كشرب الدواء ونحوه ، أو أكره على شرب الخمر ، لا يصح إقرارهم . والله أعلم

ومنه : حجر المبذر والفلس ، وقد سبق حكمها في بابها . ويقبل إقرار المحجور عليه للفلس بالنكاح ، دون المحجور عليه لسفه ، اعتباراً للاقرار بالإنشاء . قال الامام : وإقرار السفية بأنها منكوحة فلان ، كإقرار الرشيدة ، إذ لا أثر للسفه في النكاح من جانبها ، وفيه احتمال بسبب ضعف قولها وعقلها .

فصل

ومن المحجور عليه : الرقيق . والذي يثبته به ، ضربان . أحدهما : يوجب العقوبة ، كالزنا ، وشرب الخمر ، والسرقة ، والقذف ، وما يوجب القصاص في النفس ، أو الطرف ، فيقبل إقراره به ، وتقام عليه عقوبته ،

خلافاً للمزني . وإذا أقر بسرقة توجب القطع ، قُبِلَ في القطع . وأما المال ، فإن كان تالفاً ، فقولان . أحدهما : يقبل ويعلق الضمان برقبته . وأظهرهما : لا يقبل ويعلق الضمان بذمته ، إلا أن يصدق السيد فيقبل . وإن كان باقياً ، نظر ، إن كان في يد السيد ، لم ينتزع منه إلا بتصديقه . وإن كان في يد العبد ، فطريقان . أحدهما : أن في انتزاعه القولين في التالف . فإن قلنا : لا ينتزع ، ثبت بدله في ذمته . والطريق الثاني : لا ينتزع قطعاً ، لأن يده كيد سيده . وقيل : إن كان المال في يد العبد ، قبل إقراره ، وإلا ، فلا . وإذا اختصرت قلت : في قوله أربعة أقوال^(١) . أظهرها : لا يقبل . والثاني : يقبل . والثالث : يقبل إن كان المال باقياً . والرابع : عكسه . وإذا أقر بسرقة توجب القطع ، ثم رجع ، كان كإقراره بسرقة لا توجب القطع ، وسندكرها في الضرب الثاني إن شاء الله تعالى . ولو أقر بالقصاص على نفسه ، فمما المستحق على مال ، أو عفا مطلقاً ، وقلنا : إنه يوجب المال ، فوجهان . أحدهما عند البغوي : أنه يتعلق برقبته . وإن كذبه السيد ، لأنه إنما أقر بالعقوبة ، وإنما وجب المال بالمفو . والثاني : أن الحكم كذلك إن قلنا : موجب العمد القصاص ، فإن قلنا : موجه أحد الأمرين ، ففي ثبوت المال ، قولان ، كالأقرار بالسرقة الموجبة للقطع .

الضرب الثاني : مالا يوجب عقوبة ، فإذا أقر بدين جنائية ، كغصب ، أو سرقة لا توجب قطعاً ، أو إتلاف ، وصدقه السيد ، تعلق برقبته ، فيباع فيه إلا أن يفديه السيد ، وإذا بيع فبقي شيء من الدين ، فهل يتبع به إذا عتق ؟ فيه قولان مذكوران في كتاب الجنائيات .

قلت : أظهرهما وهو الجديد : لا يتبع . والله أعلم

(١) في نسخة الظاهرية : في قوله أربعة أقوال .

وإن كذبه السيد ، لم يتعلق برقبته ، لكن يتعلق بذمته ، يُتبع به إذا عتق ، ولا يخرج عن القولين فيما إذا بيع في الدين وبقي شيء ، لأنه إذا ثبت التعلق بالرقبة ، فكان الحق انحصر فيها . وقيل بطردها ، لأن الزائد على القيمة لا يتعلق بالرقبة ، كما أن أصل الحق هنا ، غير متعلق بها . ولو أقر بدين معاملة ، فإن لم يكن مأذوناً له في التجارة ، لم يقبل إقراره على السيد ، بل يتعلق بالفقر به بذمته ، يطالب به إذا عتق ، سواء صدقه السيد ، أم لا . وإن كان مأذوناً فيها ، قبل وأدى من كسبه وما في يده ، إلا إذا كان مما لا يتعلق بالتجارة كالقرض . ولو أطلق المأذون الإقرار بالدين ، ولم يمين جهته ، لم ينزل على دين المعاملة على الأصح ، لاحتمال أنه باتلاف ، ولا فرق في دين الاتلاف بين المأذون وغيره . ولو حجر عليه ، فأقر بعد الحجر بدين معاملة ، إضافة الى حال الاذن ، لم تقبل إضافته على الأصح .

فرع

من نصفه حر ، لو أقر بدين جنائية ، لم يقبل فيما يتعلق بسيدته ، إلا أن يصدقه ، ويقبل في نصفه . وعليه قضاؤه مما في يده . ولو أقر بدين معاملة ، فتى صححنا تصرفه ، قبلنا إقراره عليه ، وقضيناه مما في يده . ومتى لم نصححه ، فأقراره كإقرار العبد .

فرع

إقرار السيد على عبده بما يوجب عقوبة ، مردود ، وبدين الجنائية ، مقبول ، إلا أنه إذا بيع فيه وبقي شيء ، لم يطالب به بعد العتق إلا أن يصدقه . وكذا إقراره بدين المعاملة ، لا يقبل على العبد .

قلت : قال ابن كج : لو عتق ، ثم أقر بأنه أتلف مالا لرجل قبل العتق ، لم يلزم السيد ، ويطلب به العبد . ولو قامت بينة بأنه كان جنى ، لزم السيد أقل الأمرين من أرش جنائيه وقيمته . قال البغوي : كل ما قبل إقرار العبد فيه كالعقوبات ، فالدعوى فيه تكبر على العبد . ومالا يقبل المال المتعلق برقبته ، إذا صدقه السيد ، فالدعوى على السيد . فان ادعى في هذا على العبد ، إن كان له بينة ، سمعت ، وإلا ، فان قلنا : اليمين مردودة كاليمين ، سمعت رجاء نكوله . وإن قلنا : كالأقرار ، فلا . ولو ادعى على العبد دين معاملة متعلق بالذمة ، وله بينة ، ففي سماعها وجهان ، كالدين المؤجل . والله أعلم

فصل

ومن المحجور عليهم ، المريض مرض الموت ، وفيه مسائل .
إحداها : يصح إقراره بالنكاح بموجبات العقوبات ، وبالدين واليمين الأجنبي ، وفي إقراره للوارث بالمال ، طريقان . أحدهما : يقبل قطعاً . وأصحها عند الجمهور : على قولين . أظهرهما : القبول . واختار الروياني مذهب مالك رضي الله عنه ، وهو أنه إن كانت متهاً ، لم يقبل إقراره ، وإلا ، فيقبل ، ويجتهد الحاكم في ذلك . فان قلنا : لا يقبل ، فهل الاعتبار في كونه وارثاً بحال الموت ، أم بحال الإقرار ؟ فيه وجهان . وقيل : قولان . أظهرهما وأشهرهما وهو الجديد : بحال الموت ، كالوصية . ولو أقر في مرضه أنه كان وهب وارثه ، وأقبضه في الصحة ، أشار الامام إلى طريقين . أحدهما : القطع بالمنع ، لأنه عاجز عن انشائه . والثاني : أنه على القولين في الإقرار للوارث ، ورجح النزالي : المنع ، واختار القاضي حسين : القبول .

قلت : القبول أرجح . والله أعلم

ولو أقر لوارثه وأجنبي مآ ، وقلنا : لا يقبل الوارث ، قبل في نصفه للأجنبي على الأظهر .

الثانية : لو أقر في صحته بدين لرجل ، وفي مرضه بدين لآخر ، فهذا سواء ، كما لو ثبتا بالبينة ، وكما لو أقر بها في الصحة أو المرض .

قلت : وحكى في « البيان » قولاً شاذاً : أن دين الصحة يقدم . والله أعلم

ولو أقر في صحته أو مرضه بدين ، ثم مات فأقر ورثته عليه بدين لآخر ، فوجهان . أصحابنا : يتساويان فيتضاربان في التركة ، لأن الوارث يقوم مقامه ، فصار كمن أقر بدينين . والثاني : يقدم ما أقر به المورث ، لأنه بالموت تعلق بالتركة ويجري الوجهان فيما لو ثبت الأول ببينة ثم أقر وارثه ، وفيما لو أقر الوارث بدين على الميت ، ثم أقر لآخر بدين آخر ، وسواء كان الدين الأول مستغرقاً للتركة ، أم لا . ولو ثبت عليه دين في حياته أو موته ، ثم ردت بهيمة في بئر كان حفرها بمحل عدوان ، ففي مزاحمة صاحب البهيمة رب الدين القديم ، بخلاف السابق فيما إذا جنى المفلس بعد الحجر عليه ، قاله في « التتمة » .

الثالثة : مات وخلف ألف درهم ، فادعى رجل أنه أوصى له بثلث ماله ، فصدقه الوارث ، ثم جاء آخر فادعى عليه ألف درهم ديناً ، فصدقه الوارث ، قيل : يصرف الثلث إلى الوصية ، لتقدمها . وقيل : يقدم الدين على الوصية كما هو المعروف فيها . ولو صدق مدعي دين ، أولاً ، قدم قطعاً . ولو صدق المدعين مآ ، قال الأكثرون : يقسم الألف بينها أربعاً ، لأننا نحتاج إلى الألف للدين ، وإلى ثلث المال للوصية ، فيخص الوصية ثلث عائل ، وهو الربع . وقال الصيدلاني : تسقط الوصية ، ويقدم الدين

كما لو ثبتنا بالبينة ، وهذا هو الصواب ، سواء قدمنا عند ترتيب (١) الاقرارين ، الأول منها ، أو سويها .

الرابعة : أقر المريض بعين مال لانسان ، ثم أقر لآخر بدين مستغرق أو غير مستغرق ، سُلِّمَت العين للأول ، ولا شيء للثاني ، لأن المقرّ مات ولا يعرف له مال . ولو أقر بالدين أولاً ، ثم أقر بالعين ، فوجهان . أحدهما : أنه كما لو أقر بالعين أولاً ، لأن الاقرار في الدين ، لا يتضمن حجراً في العين ، ألا ترى أنه ينفذ تصرفه فيها . والثاني : يتزاحمان ، لتعارض القوة فيهما .

قلت : لو أقر المريض أنه أعتق عبداً في صحته ، وعليه دين يستغرق تركته ، نفذ عتقه ، لأن الاقرار ليس تبرعاً ، بل إخبار عن حق سابق . ولو ملك أخاه ، فأقر في مرضه أنه أعتقه في صحته ، وهو أقرب عصبته ، نفذ عتقه . وهل يرث ؟ يبنى على الاقرار للوارث . إن صححناه ، ورث ، وإلا ، فلا ، لأن توريشه يقتضي إبطال حرثه ، فيذهب الارث . والله أعلم

فرع

يشترط في صحة الاقرار الاختيار ، فاقرار المكره ، باطل كسائر تصرفه . **قلت :** ولو ضرب ليقر ، فأقر في حال الضرب ، لم يصح . وإن ضرب ليصدق في القضية ، قال الماوردي في « الأحكام السلطانية » : إن أقر في حال الضرب ، ترك ضربه واستعيد إقراره ، فإن أقر بعد الضرب ، عمل به ، ولو لم يستعده وعمل

(١) في « شرح الوجيز » ترتيب .

بالاقرار حال الضرب ، جاز مع الكراهة ، هذا كلام الماوردي . وقبول إقراره حال الضرب مشكل ، لأنه قريب من المكره ، ولكنه ليس مكرهاً ، فإن المكره هو مَنْ أكره على شيء واحد ، وهنا إنما ضرب ليصدق ، ولا يتحصّر الصدق في الاقرار . وقبول إقراره بعد الضرب ، فيه نظر إن غلب على ظنه إعادة الضرب إن لم يقر . والله أعلم

الركن الثاني : المقر له ، وله ثلاثة شروط .

أحدها : أهلية استحقاق الحق المقر به . فلو قال : لهذا الحمار أو لدابة فلان علي ألف ، فهو انمو ، ولو قال : لفلان عبي ألف بسببها ، صح على الصحيح ، ولزمه حملاً على أنه جنى عليها أو اكترأها . وقيل : لا يلزمه ، لأن الغالب لزوم المال بالعاملة ، ولا يتصور ذلك . ولو قال : لعبد فلان علي ألف ، أو عندي ألف ، صح وكان إقراراً لسيدته ، والاضافة فيه كالاضافة في الهبة وسائر الانشاءات .

فرع

قال : لحمل فلانة علي أو عندي ألف ، فله ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يسند إلى جهة صحيحة ، كقوله : ورثته من أبيه ، أو وصى به له فلان ، فيعتبر إقراره . ثم إن انفصل ميتاً ، فلا حق له ، ويكون لورثة من قال : أنه ورثته منه ، أو الموصي ، أو ورثته في صورة الوصية . وإن انفصل حياً ، فإن كان لدون ستة أشهر من حين الاقرار ، استحقه . وإن انفصل لأكثر من أربع سنين ، فلا ، لتيقن عدمه ، وإن انفصل لستة أشهر فأكثر ، ولدون أربع سنين ، فإن كانت مستفرشة ، لم يستحق ، وإلا فقولان .

قلت : أظهما : الاستحقاق . والله أعلم

وإذا ثبت الاستحقاق ، فإن ولدت ذكراً ، فهو له . أو ذكرين فأكثر ، فلهم بالسوية ، وإن ولدت أنثى ، فهو لها إن أسنده إلى وصية . وإن أسنده إلى إرث من أبيها ، فلها نصفه . وإن ولدت ذكراً وأنثى ، فهو بينهما بالسوية إن أسنده إلى وصية ، وأثلاثاً إن أسنده إلى الإرث . هذا إذا اقتضت جهة الوراثة ما ذكرنا ، فإن اقتضت التسوية ، كولدتي أم ، سؤتي بينهما في الثلث . قال الامام : ولو أطلق الإرث ، سألناه عن الحجة وحكمتنا بمقتضاها .

قلت : وهذا المحكي عن الامام قاله أيضاً ابن الصباغ . وقال الشيخ أبو حامد : يكون بينهما بالسوية . وإن تميزت مراجعة المقيّر ، فينبغي القطع بالتسوية بينهما .

والله أعلم

الحال الثاني : أن يطابق الاقرار ، فيصح على الأظهر ، ويحمل على الجهة الممكنة في حقه .

الثالث : أن يسند إلى جهة باطلة ، كقوله : أقرضنيه أو باعني به شيئاً ، فإن أبطلنا المطلق ، فذا أولى ، وإلا ، فطريقان . أصحها : القطع بالصحة . والثاني : على القوانين في تعقيب الاقرار بما يرفعه .

قلت : الأصح في هذا الحال : البطلان ، وبه قطع الراعي في « المحرر » .

والله أعلم

وإذا صححنا الاقرار في الحائنين الآخرين ، فانفصل ميتاً ، فلا شيء له ، ويسأل المقر عن جهة إقراره من الإرث والوصية ، ويعمل بمقتضاها . قال الامام : وليس لهذا السؤال والبحث طالب معين ، وكان القاضي يسأل حسبما ليصل الحق [إلى] مستحقه . فإن مات قبل البيان ، فكمن أقر لانسان فردّه . وفي تعليق الشيخ أبي حامد : أنه يطالب ورثته كنفسه . وإن انفصل حياً المدة المعتبرة ، فالكل له ، ذكراً كان أو

أُتِيَ . وإن انفصل ذكر وأُتِيَ ، فهو لها بالسوية . ومتى انفصل حي وميت ، فالمت
كالمدوم ، وينظر في الحي كما ذكرنا .

فرع

أقر لانسان بحمل جارية ، أو بهيمة ، ففيه التفصيل المذكور في الاقرار للحمل .
فإن قال : إنه أوصى له [به] ، صح ، وينظر ، كم بين انفصاليه وبين يوم الاقرار من
الدة ، على ما سبق . وفي حمل البهيمة ، يرجع إلى أهل الخبرة . وإن أطلق ، أو أسند
إلى جهة باطلة ، ففيه الخلاف المذكور . ولو أقر بالحمل لرجل ، وبالأم لآخر ، فإن
جوزنا الاقرار بالحمل ، صح الاقراران ، وإلا ، فقال البغوي : هما جميعاً للآخر ،
وهذا بناء على أن الاقرار بالحامل ، اقرار بالحمل ، وفيه خلاف سنذكره إن شاء
الله تعالى .

فرع

أقر لمسجد أو مقبرة أو نحوها بمال ، وأسنده إلى جهة صحيحة ، كذلة وقف
عليه ، صح . وإن أطلق ، فوجهان ، تخريجاً من القولين في الحمل ، وعلى قياسه ما إذا
أسند إلى جهة باطلة .

الشروط الثاني : عدم تكذيبه ، فيشترط لصحة الاقرار ، عدم تكذيب المقر له ،
وإن كنا لا نشترط قبوله لفظاً . فإن كذبه ، نظر ، إن كان المقر به مالاً ، ففيما
يفعل به ، أوجه . أصحابنا : يترك في يد المقر . والثاني : ينتزعه الحاكم ويتولى
حفظه إلى أن يظهر مالكة . فإن رأى استحفاظ صاحب اليد ، فهو كما لو استحفظ

عدلاً آخر . والثالث : يجبر المقر له على القبول والقبض ، وهو بعيد . قال الشيخ أبو محمد : موضع الخلاف ، ما إذا قال المقر : هذا المال لفلان ، فكذبه . فأما إذا قال للقاضي : إن في يدي مالاً لا أعرف مالكة ، فالوجه : القطع بأن القاضي يتولى حفظه . وأبعد بعضهم ، فلم يجوز انتزاعه هنا أيضاً . ولو رجع المقر له عن الإنكار ، وصدق المقر ، فقد حكى الامام ، والغزالي : القطع بقبوله وتسليم المال إليه . والأصح ، ما ذكره المتولي وغيره : أنه مفرع على الخلاف . فإن قلنا : يترك في يد المقر ، فقد حكمتنا ببطلان الاقرار ، فلا يصرف إلى المقر له إلا بأقرار جديد . وإن قلنا : ينتزعه الحاكم ويحفظه ، لم يسد إليه أيضاً . بل لو أقام بينة بأنه ملكه ، لم تسمع ، وإنما يسلم إليه إذا قلنا بالوجه الثالث البعيد ، فحصل أن المذهب عدم تسليمه إليه . ولو رجع المقر في حال إنكار المقر له ، وقال : غلطت ، أو تهمت الكذب ، فإن قلنا : ينتزعه الحاكم ، لم يقبل . وإن قلنا : يترك في يده ، فوجهان . أصحها عند الجمهور : يقبل . وأصحها عند الامام ، والغزالي : لا يقبل . وجميع ما ذكرناه في الاقرار ، بثوب ونحوه . فلو أقر له بعبده ، فأنكره ، فوجهان . أحدهما : يحكم بعقده ، لأنها لا يدعيانه ، كاللقيط إذا قال بعد بلوغه : أنا عبد لزيد ، فأنكر زيد ، يحكم بحريته . وأصحها : لا يعتق ، لأنه محكوم برقه ، فلا يرفع إلا بيقين ، بخلاف اللقيط ، فإنه محكوم بحريته بالدار ، فعلى هذا ، حكمه كالثوب ونحوه على ما مضى . أما إذا كان المقر به قصاصاً ، أو حد قذف ، فكذبه المقر له ، فيسقط ، وكذا لو أقر بسرقة توجب القطع ، وأنكر رب المال السرقة ، فلا قطع . وفي المال ، ما سبق . ولو أقرت بالنكاح ، وأنكر ، سقط حكم الاقرار في حقه .

فرع

في يده عبدان ، فقال : أحدهما لزيد ، ثم عين أحدهما ، فقال زيد : إنما عبدي الآخر ، فهو مكذب للمقر في المعين ، ومدّع في الآخر .

فرع

ادعى على رجل ألفاً من ثمن مبيع، فقال : قد أقبضتك الألف، وأقام بينة على إقراره بالقبض يوم كذا ، فأقام المدعي بينة على إقرار المشتري بمد يئته بأنه ما أقبضه الثمن ، سُمعت ، وألزم المشتري الثمن ، لأنه وإن قامت البينة على إقرار البائع بالقبض، فقد قامت أيضاً على أن صاحبه كذبه ، فيبطل حكم الاقرار، وبقي الثمن على المشتري .

الشرط الثالث: أن يكون معيناً نوع تعيين ، بحيث يتوقع منه الدعوى والطلب . فلو قال لانسان أو واحد من بني آدم أو من أهل البلد: علي ألف، ففي صحته وجهان بناءً على ما لو أقر بمعيّن فكذبه ، هل ينتزع من يده ؟ إن قلنا : نعم ، لأنه مال ضائع ، فكذا هنا ، فيصح الاقرار، وإن قلنا : لا، لم يصح، وهو الصحيح. قال المتولي: فلو جاء واحد فقال : أنا الذي أردتني ولي عليك ألف ، فالقول قول المقر بيمينته في نفي الارادة ونفي الألف .

الركن الثالث : المقر به . ويجوز الاقرار بالجهول، فإن كان ما يقر به عيناً ، فشرطه أن لا يكون مملوكاً للمقر حين يقر ، لأن الاقرار ليس بإزالة ملك، وإنما هو إخبار عن كونه مملوكاً للمقر له. فلو قال : داري هذه، أو ثوبي الذي أملكه، لزيد ، فهو متناقض ، وهو محمول على الوعد بالهبة ، ولو قال : مسكني هذا لزيد، كان إقراراً، لأنه قد يسكن ملك غيره . ولو شهدت بينة أن الدار الفلانية أقر زيد بأنها ملك عمرو ، وكانت ملك زيد إلى أن أقر ، كانت الشهادة باطلة، نص عليه. ولو قال : هي لزيد وكانت ملكي [إلى] وقت الاقرار ، فأقراره نافذ . والذي ذكره بعده مناقض لأوله ، فيلغو كما لو قال: هي له، وليست له ، وهذا في الاعيان، وكذا في الديون إذا كان له على غيره في الظاهر دين، من قرض ، أو أجرة ، أو

ثمن، فقال : ديني الذي على زيد لمعرو ، فهو باطل . ولو قال : الدين الذي على زيد هو لمعرو ، واسمي في الكتاب عارية ، فهو إقرار صحيح ، فلعلمه كان وكيلاً عنه في الاقراض والاجارة والبيع . ثم عمرو يدعي المال على زيد لنفسه ، فان أنكر ، فهو بالخيار بين أن يقيم البينة على دين المقر على زيد ، ثم على إقراره له بما على زيد ، وبين أن يقيم البينة أولاً على الاقرار ، ثم على الدين ، كذا ذكره القفال .

فرع

استثنى صاحب « التلخيص » ثلاثة ديون، ومنع الاقرار بها ، أحدها : الصداق في ذمة الزوج ، لا تقر به المرأة . والثاني : بدل الخلع في ذمة الزوجة ، لا يقر به الزوج . والثالث : أرض الجناية ، لا يقر به المحني عليه . فان كانت الجناية على عبد أو مال آخر ، جاز له أن يقر به للغير ، لاحتمال كونه له يوم الجناية . قال الأئمة : هذه الديون ، وإن لم يتصور فيها الثبوت للغير ابتداءً وتقديراً للوكالة ، فيجوز انتقالها بالحالة ، وكذلك بالبيع على قول ، فيصح الاقرار بها عند احتمال جريان نقل . وحلوا ما ذكره صاحب « التلخيص » على ما إذا أقر بها عقيب ثبوتها ، بحيث لا يحتمل جريان نقل ، لكن سائر الديون أيضاً كذلك ، فلا يصح الاستثناء ، بل الاعيان أيضاً بهذه المثابة . حتى لو أعتق عبده ، ثم أقر له السيد أو غيره عقيب الاعتاق بدين أو غيره ، لم يصح ، لأن أهلية الملك لم تثبت له إلا في الحال ، ولم يحجر بينها ما يوجب المال . وقال أبو العباس الجرجاني في الديون الثلاثة : إن أسند الاقرار بها إلى جهة حوالة أو بيع ، إن جوزناه ، صح ، وإلا ، فعلى قولين ، كما لو أقر للحمل وأطلق .

فصل

يشترط في الحكم بثبوت ملك المقر له ، أن يكون المقر به تحت يد المقر وتصرفه . فإن لم يكن ، لم يحكم به في الحال ، بل يكون ذلك دعوى أو شهادة ، ولا تلغية من كل وجه ^(١) بل لو حصل المقر به يوماً في يد المقر ، لزمه تسليمه إليه . ولو قال : العبد الذي في يد زيد مرهون عند عمرو بكذا ، ثم حصل العبد في يده ، يؤمر ببيعه في دين عمرو . ولو أقر بحرية عبد في يد رجل ، أو شهد بحريته ، فلم تقبل شهادته ، ثم اشتراه ، صح ، تنزيلاً للعقد على قول من صدقه الشرع ، وهو البائع ، ويحكم بحريته ، وترفع يده عنه . ثم لاقراره صيقتان .

إحدهما : أن يقول : إنك أعتقته وتسرقه ظلماً ، قال الأصحاب : فيكون هذا العقد من جانب البائع يماً قطعاً ، وفي جانب المشتري ، وجهان . أحدهما : شراء . وأصحابها : اقتداء ، لاعترافه بحريته . وحكى الامام ، والنزالي ، فيه ثلاثة أوجه . أصحابها : بيع من البائع ، واقتداء من المقر . والثاني : بيع منها . والثالث : فداء منها . وهذا الثالث فاسد في جهة البائع . وكيف يصح أخذه المال ليفدي من يسرقه؟! ولو قيل : فيه المعنيان ، وأيهما أغلب؟ فيه خلاف ، لكان قريباً ، والمعتمد ما ذكرنا عن الأصحاب . ويثبت للبائع في هذا العقد خيار المجلس والشرط ، بناء على ظاهر المذهب ، أنه يبيع من جانبه . ولو كان البيع بثمن معين ، فخرج معيماً وردّه ، كان له استرداد العبد ، بخلاف ما لو باع عبداً فأعتقه المشتري ، ثم خرج الثمن المعين معيماً وردّه ، حيث لا يسترد العبد ، بل يعدل إلى القيمة لاتفاقها على المتق هناك . وأما المقر المشتري ، فإن جعلناه شراءً في حقه ، فله الخيار . وإن قلنا : فداء ، فلا . وعلى الوجهين : لا رد له لو خرج العبد معيماً ، لكن له أخذ الأرض على قولنا : شراء ، وليس له على الاقتداء ، وذكر الامام : أنه إذا لم يثبت الخيار المشتري ، ففي ثبوته للبائع

(١) في « شرح الوجيز » : وليس معناه أنه يأنفوا قوله من كل وجه .

وجهان ، لأن هذا الخيار ، لا يكاد يتبعض . والمذهب على الجملة : بثوئه للبائع دون المشتري . وأما ولاؤه ، فموقوف . فإن مات وخلف مالا ، ولا وارث له بنير الولاء ، نظر ، إن صدق البائع المشتري ، أخذه ورد الثمن . وإن كذبه وأصر على كلامه الأول ، فظاهر النص : أن الميراث يوقف كما وقف الولاء . واعترض عليه المزني فقال : للمشتري أخذ قدر الثمن مما تركه . فإن فضل شيء ، كان الفضل موقوفاً ، لأن المشتري ، إما كاذب ، فاليت رقيق له وجميع أكسايه له ، وإما صادق ، فالأكساب للبائع إرثاً بالولاء ، وقد ظلمه بأخذ الثمن ، وتعذر استرداده ، فاذا ظفر بماله ، كان له أخذ قدر الثمن . واختلف الأصحاب ، فذهبت طائفة إلى ظاهر النص ، وتخطئه المزني ، قالوا : لأنه لو أخذه لأنه كسب مملوكه ، فقد نفاه بأقراره ، أو بجهة الظفر بمال ظلمه ، فقد بذله تقريباً إلى الله تعالى باستنقاذ حر ، فلا يرجع فيه كالصدقة ، ولأنه لا يدري بأي جهة يأخذه ، فيوقف إلى ظهور جهته . وذهب ابن سريج وأبو إسحاق والجمهور : إلى أن المذهب ما قاله المزني . وقال ابن سريج وغيره : وقد نص عليه الشافعي رضي الله عنه في غير هذا الموضع . وحملوا ما ذكره هنا ، على أن ما يأخذه بجهة الولاء يكون موقوفاً وقف الولاء ، وهو ما زاد على قدر الثمن . فأما المستحق بكل حال ، فلا معنى للوقف فيه . قالوا : ويجوز الرجوع في المبدول فدية وقرية ، كمن فدى أسيراً ثم استولى المسلمون على الكفار ووجد الفادي عين ماله ، أخذه . وأما اختلاف الجهة ، فلا يمنع الأخذ بعد الاتفاق على أصل الاستحقاق .

الصيغة الثانية : يقول : هو حر الأصل ، أو أعتق قبل أن تشتريه ، فاذا اشتراه فهو اقتداءً من جهته بلا خلاف . وأما إذا مات وخلف مالا ، ولا وارث له بنير الولاء ، فماله لبيت المال ، وليس للمشتري أخذ شيء منه ، لأن المال بزعمه ليس للبائع حتى يأخذه عوضاً عن الثمن . ولو مات المبد قبل أن يقبضه (١) المشتري ،

(١) في الأصل : يبيعه ، وما أبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

لم يكن للبائع أن يطالبه بالثمن ، لأنه لا حرية في زعمه ، وقد تلف المبيع قبل القبض .

فرع

لو أقر بحرية عبد ، ثم استأجره ، لم يحل له استخدامه ، والمكري مطالبته بالأجرة . ولو أقر بحرية جارية لزيد ، ثم قبل نكاحها [منه] ، لم يحل [له] وطؤها ، ولزيد مطالبته بمهرها .

قلت : ينبغي أن يقال : إن أقر أن زيدا أعتقها ، ولم يكن لها عصة ، صح تزويجه ، لأنه إما مالك ، وإما مولى حرّة . والله أعلم

فرع

قال : هذا العبد الذي في يدك غصبته من زيد ، ثم اشتراه منه ، ففي صحة العقد ، وجهان حكاهما الامام . أصحابها : الصحة ، كما لو أقر بحريته ثم اشتراه . والثاني : النع ، لأن التصحيح هناك للافتداء والاقاذ من الرق ، ولا يتجه مثله في تخليص عبد الغير .

فرع

أقر بعبد في يده لزيد ، فقال العبد : بل أنا ملك عمرو ، يسلم إلى زيد ، لأنه في يد من يسترقه ، لا في نفسه . فلو أعتقه زيد ، لم يكن لعمرو تسلم رقبته ، ولا التصرف فيها ، لما فيه من إبطال ولا- زيد . وهل له أخذ أكسابه ؟ وجهان . وجه النع : أن الاكساب ، فرع الرق ، ولم يثبت .

الركن الرابع : الصيغة ، وفيه مسائل .

إحداها : قول القائل : لفلان كذا ، صيغة إقرار . وقوله : لفلان عليّ ، أو في ذمتي ، إقرار بالدين ظاهراً . وقوله : عندي أو معي ، إقرار بالعين . وقوله : له قبلي كذا ، قال في « التهذيب » : هو دين ، ويشبه أن يكون صالحاً للدين والعين جميعاً . قلت : قوله : إقرار بالعين ، معناه : أنه يحمل عند الإطلاق على أن ذلك عين مودعة له عنده ، قاله البغوي . قال : حتى لو ادعى بعد الإقرار أنها كانت وديعة تلفت ، أو رددتها ، قبل قوله بيمينه ، بخلاف ما إذا قلنا : إنه دين ، فإنه لو فسره بالوديعة ، لم يقبل . وإذا ادعى التلف ، لم ينفعه ، بل يلزمه الضمان .

والله أعلم

الثانية : إذا قال رجل : لك علي ألف (١) ، فقال في جوابه : زن ، أو خذ ، أو استوف ، أو اتزن ، لم يكن إقراراً ، لأنه ليس بالتزام ، ولأنه قد يذكر للاستهزاء . وفي وجه : اتزن ، إقرار ، وهو شاذ . ولو قال : خذه ، أو زنه ، أو اختم عليه ، أو شده في هيائك ، أو اجعله في كيسك ، أو اختم عليه ، فليس بإقرار على الصحيح ، وقال الزيري : إقرار .

قلت : ولو قال : وهي صحاح ، فهو كقوله : زنه . والله أعلم

ولو قال في الجواب : بلى ، أو نعم ، أو أجل ، أو صدقت ، فهو إقرار . قالوا : ولو قال : لعمرى ، فإقرار . ولعل العرف يختلف فيه . ولو قال : أنا مقرر به ، أو

(١) في مخطوطة الظاهرية : إذا قال لرجل لي عليك ألف . وفي « شرح الوجيز » : إذا قال لغيره :

لي عليك ألف .

بما تدعيه ، أو لست منكرأ له ، فهو إقرار له . ولو قال : أنا مقر ، ولم يقل : به ، أو لست منكرأ ، أو أنا أقر ، فليس بإقرار . ولو قال : أنا أقر لك به ، فوجهان . نسب الامام كونه إقرارأ إلى الأكثرين . وفيه نظر ، لأن المراقين ، والقاضي حسين ، والرويانى ، قطعوا بأنه ليس بإقرار ، ولا يحكى الوجه الآخر إلا نادراً . ويتأيد كونه إقرارأ ، بأنهم اتفقوا على أنه لو قال : لا أنكر ما تدعيه ، كان إقرارأ ، ولم يحملوه على الوعد بالاقرار . ولو قال : لا أنكر أن يكون محققاً ، فليس بإقرار ، لجواز أن يريد في شيء آخر . فلو قال : فيما يدعيه ، فهو إقرار . ولو قال : لا أقر به ولا أنكره ، فهو كسكوته ، فيجعل منكرأ ، وتعرض عليه اليمين . ولو قال : أبرأتني منه ، أو قضيته ، فإقرار ، وعليه بينة القضاء والبراء (١) . وفي وجه : أبرأتني منه ، ليس بإقرار ، وليس بشيء . ولو قال : أقرت بأنك أبرأتني واستوفيت مني (٢) فليس بإقرار . ولو قال في الجواب : لعل ، أو عسى ، أو أظن ، أو أحسب ، أو أقدر ، فليس بإقرار .

فرع

اللفظ وإن كان صريحاً في التصديق ، فقد تنضم إليه قرائن تصرفه عن موضوعه إلى الاستهزاء والتكذيب . ومن جملتها : الأداء ، والبراء ، وتحريك الرأس الدال على شدة التعجب والانكار ، فيشبه أن يحمل قول الأصحاب : إن صدقت ، وما في معناها ، إقرار على غير هذه الحالة . فأما إذا اجتمعت القرائن ، فلا تجعل إقرارأ . ويقال : فيه خلاف ، لتعارض اللفظ والقرينة ، كما لو قال : لي عليك ألف ،

(١) في مخطوطة الظاهرية ود شرح الوجيز : وعليه بينة القضاء أو البراء .

(٢) في مخطوطة الظاهرية : أبرأتني أو استوفيت مني .

فقال في الجواب على سبيل الاستهزاء: لك علي ألف ، فان التولي حكى فيه وجهين .
المسألة الثالثة : إذا قال : أليس لي عليك ألف؟ قال : بلى ، كان إقراراً .
وإن قال : نعم ، فوجهان . وقطع البغوي وغيره ، بأنه ليس بإقرار كما هو مقتضاه
في اللغة . وقطع الشيخ أبو محمد والتولي ، بأنه إقرار ، وصححه الامام ، والنزالي ،
لأن الإقرار يحمل على مفهوم أهل العرف ، لا على دقائق العريية .

قلت : هذا الثاني : هو الأصح ، وصححه الرافعي في « المحرر » . والله أعلم

ولو قال : هل لي عليك ألف ؟ فقال : نعم ، فإقرار .

الرابعة : إذا قال : اشتري مني عبدي هذا ، فقال : نعم ، فهو إقرار منه للقائل ، كما
لو قال : أعتق عبدي هذا ، فقال : نعم . ويمكن أن يجيء فيه خلاف عما سبق
في الصلح ، كقوله : يميني . ولو قال : اشتري مني هذا العبد ، ولم يقل : عبدي ، فالتصديق به « نعم »
يقتضي الاعتراف بأنه يملك يمينه ، لا أنه يملك العبد . ولو ادعى عليه عبداً ، فقال : اشتريته
من وكيلك فلان ، فهو إقرار له ، ويخلف المدعي أنه ما وكل فلاناً في بيع .

الخامسة : لو قال : له علي ألف في علمي ، أو فيما أعلم ، أو أشهد ، فهي إقرار .

السادسة : قال : كان علي ألف لفلان ، أو كانت هذه الدار في السنة الماضية
له ، فهل هو إقرار في الحال عملاً بالاستصحاب ، أم لا ، لأنه غير معترف في الحال ؟
وجهان .

قلت : ينبغي أن يكون أصحابها : الثاني ، وقد أشار إلى تصحيحه الجرجاني .

والله أعلم

ويقرب منه الخلاف ، فيما لو قال : هذه داري أسكن فيها فلاناً ، ثم أخرجته

منها ، فهو إقرار باليد على الأصح ، لأنه اعترف بثبوتها وادعى زوالها . وقال أبو علي الزجاجي : ليس بإقرار ، لأنه لم يعترف بيد فلان إلا من جهته . ولو قال : ملكتها من زيد ، فهو إقرار ، بملكها لزيد ، ودعوى انتقالها منه ، فإن لم يصدقه زيد ، لزمه ردها إليه .

قلت : ولو قال : ملكتها على يد زيد ، لم يكن إقراراً له بها ، لأن معناه : كان زيد وكيلاً ، قاله البغوي . والله أعلم

السابعة : قال : اقض الألف الذي لي عليك ، فقال : نعم ، فإقرار على المذهب ، وتردد فيه بعضهم . وإن قال : أعط غداً ، أو ابعت من يأخذه ، أو أمهني يوماً ، أو أمهني حتى أصرف الدرام أو أفتح الصندوق ، أو أقعد حتى تأخذ ، أو لا أجد اليوم ، أو لا تؤدّم المطالبة ، أو ما أكثر ما تتقاضى ، أو والله لأقضيتك ، فجميع هذه الصور إقرار عند أبي حنيفة رضي الله عنه . وأما أصحابنا ، فمختلفون في ذلك ، والميل إلى موافقته في أكثر الصور أكثر . ومثله : أسرج دابة فلان هذه ، فقال : نعم . أو أخبرني زيد أن لي عليك ألفاً ، فقال : نعم ، أو متى تقضي حقّي ؟ فقال : غداً .

الثامنة : قال له رجل : غصبت ثوبي . فقال : ما غصبت من أحد قبلك ولا بعدك ، فليس بإقرار . ولو قال : ما لزيد عليّ أكثر من مائة درهم ، فليس بإقرار على الأصح . وقيل : نازم المائة . ولو قال معسر لزيد : عليّ ألف إن رزقي الله تعالى مالا ، فقيل : ليس بإقرار للتعليق ، وقيل : إقرار ، وذلك بيان لوقت الأداء . والأصح : أنه يستفسر ، فإن فسر بالتأجيل ، صح ، وإن فسر بالتعليق ، لنا .

قلت : وإن تعذر استفساره ، قال في « المدة » : الأصح : أنه إقرار . والله أعلم

التاسعة : شهد عليه شاهد ، فقال : هو صادق ، أو عدل ، فليس بإقرار ، وإن قال : صادق فيما شهد به ، أو عدل فيه ، كان إقراراً ، قاله في « التهذيب » .

قلت : في لزومه بقوله : عدل ، نظر . والله أعلم

وإن قال : إن شهد عليّ فلان وفلان ، أو شاهدان بكذا ، فيها صادقان ، فهو إقرار على الظاهر وإن لم يشهدا . وإن قل : إن شهدا صدقتها ، فليس بإقرار قطعاً .

قلت : في « البيان » : أنه لو قال : لي عليك ألف درهم ، فقال : لزيد عليّ أكثر مما لك ، لا شيء عليه أو أحد منها . ولو قال : لي مخرج من دعواك ، فليس بإقرار . قال : ولو قل : لي عليك ألف أقرضتك ، فقال : والله لا اقترضت منك غيره ، أو كم تمنّ به ، قال الصميري : هو إقرار . وإن قل : ما أعجب هذا ، أو تتحاسب ، فليس بإقرار . وإن كتب : لزيد عليّ ألف درهم ، ثم قال للشهود : اشهدوا علي بما فيه ، فليس بإقرار ، كما لو كتب عليه غيره ، فقال : اشهدوا بما كتب . وقد وافقنا أبو حنيفة رضي الله عنه على الثانية دون الأولى . ووافق أيضاً على ما لو كتب ذلك على الأرض . ولو قال : له علي ألف إن مت ، فليس بإقرار ، كما لو قال : إن قدم زيد . ووافق أبو حنيفة رضي الله عنه على الثانية دون الأولى . ولو قال : له عليّ ألف إلا أن يبدو لي ، فوجهان حكاهما في « المدة » و « البيان » ، ولعل الأصح : أنه إقرار . والله أعلم

العاشرة : إقرار أهل كل لغة بلغتهم وغير لغتهم ، إذا عرفوها ، صحيح .
ولو أقر عجمي بالربية وقال : لم أفهم معناه ، بل القيت فتلنت ، صدق يمينه إن
كان ممن يجوز أن لا يعرفه ، وكذا الحكم في جميع العقود والحلول .
الحادية عشرة : لو أقر ثم قال : كنت يوم الإقرار صغيراً ، وهو محتمل ،
صدق يمينه ، لأن الأصل الصغير . وكذا لو قال : كنت مجنوناً وقد عهد له جنون .
ولو قال : كنت مكرهاً ، وهناك أمانة الإكراه ، من حبس ، أو موكل عليه ، فكذلك .
فإن لم تكن أمانة ، لم يقبل قوله . والأمانة ، إنما تثبت باعتراف المقر له ، أو بالبينّة ،
وإنما يؤثر إذا كان الإقرار لمن ظهر منه الحبس والتوكيل . أما إذا كان في حبس
زيد ، فلا يقدح ذلك في الإقرار لمرو .

الثانية عشرة : إذا شهد الشهود ، وتمرّضوا بلوغه ، وصحة عقله ، واختياره ، فادعى
المقر خلافه ، لم يقبل ، لما فيه من تكذيب الشهود ، ولا يشترط في الشهادة التمرض
للبلوغ والعقل ، والطواعية ، والحرية ، والرشد ، ويكتفى بأن الظاهر وقوع الشهادة
على الإقرار الصحيح . وفي قول : يشترط التمرض لحرية مجهول الحرية . وخرج
منه اشتراط التمرض لسائر الشروط ، والمذهب الصحيح : الأول . قال الأصحاب :
وما يكتب في الوثائق أنه أقر طائماً في صحة عقله وبلوغه ، احتياط . ولو قيدت
شهادة الإقرار بكونه طائماً ، وأقام [الشهود] عليه بينة بكونه كان مكرهاً ، قدّمت
بينّة الإكراه ، ولا تفيل الشهادة على الإكراه مطلقاً ، بل لا بد من التفصيل .

الباب الثاني في الاقرار بالمحمل

يصح الاقرار بالمحمل ، وهو المجهول للحاجة . وسواء أقر به ابتداءً ، أو جواباً عن دعوى معلومة ، بأن قال : لي عليك ألف ، فقل : لك علي شيء . والألفاظ التي تقع فيها الجهالة ، لا تنحصر . وبين الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم ماكثر استعماله ، ليُعرف ويقاس عليه غيره . وألفاظ الباب سبعة أضرب .

[الضرب الأول : شيء . فإذا قال : له علي شيء ، طلبنا تفسيره . فإن فسر به بما يتمول ، قبيل ، كثر أم قل ، كرهيف ، وفلس ، وتمرة حيث يكون لها قيمة . وإن فسر به بما لا يتمول ، لكنه من جنس ما يتمول ، كحبة حنطة ، أو شعير ، أو قمع بالذنجانة (١) ، فوجهان . أحدهما : لا يقبل تفسيره ، لأنه لا يصح التزامه ، كما لا تصح الدعوى به . وأصحابها : القبول ، لأنه شيء يحرم أخذه ، ويجب على آخذه رده ، وقولهم : لا تصح الدعوى به ، ممنوع . والتمرة أو الزبيبة حيث لا قيمة لها ، على الوجهين . وقيل : يقبل قطعاً . وإن لم يكن من جنس ما يتمول ، فاما أن يجوز اقتناؤه لنفسه ، وإما ، لا . فالأول : كالكلب المعلم ، والسرجين ، وجلد الميتة القابل للدباغ ، والكلب القابل للتعليم ، والحر المحترمة ، فيقبل التفسير به على الأصح . وأما الثاني : فكالحنزير ، وجلد الكلب ، والكلب الذي لا نفع فيه ، والحر غير المحترمة ، فلا يقبل تفسيره به على الأصح . ولو فسر به بوديعة ، قبّل على الصحيح ، لأن عليه ردها عند الطلب ، وقد يتعدى فتصير مضمونة ، وقيل : لا ، لأنها في يده ،

(١) قبح بالذنجانة : ما التزق بأسفلها ، وهو الذي تتناق به .

لا عليه . ولو فسر بحق الشفعة ، قُبِل . ولو فسر برد السلام والميادة ، لم يقبل .
قال البغوي : ولو قال : له حق ، قبل تفسيره بها ، وفيه نظر .
قلت : ولو فسر الشيء بحدّ قذف ، قبل على الأصح . والله أعلم

فرع

لو قال : غضبت منه شيئاً ، قَبِل تفسيره ما يقبل في الصور السابقة إذا احتمله
اللفظ ، احترازاً من الوديمة وحق الشفعة ، ويقبل بالجر والخزير ، نص عليه في
« الأم » ، لأن النصب لا يشعر بالتزام وثبوت مال ، وإنما يقتضي الأخذ ، بخلاف قوله :
علي . ولو قال : له عندي شيء ، وفسر بخمر أو خنزير ، قبل على الصحيح .
قلت : قال أصحابنا : لو قال : غضبتك ، أو غضبتك ما تعلم ، لم يلزمه شيء ، لأنه
قد يفصبه نفسه ، فيجسه . ولو قال : غضبتك شيئاً ، ثم قال : أردت نفسك ، لم يقبل .
والله أعلم

فصل

إذا أقر بمجمل ، إما شيء ، وإما غيره ، مما منذكره إن شاء الله تعالى ، وطالبناه
بالتفسير ، فامتنع ، فأربعة أوجه . أصحابنا : نجسه كحبسنا من امتنع من أداء الحق ،
لأن التفسير واجب عليه . والثاني : لا يجبس ، بل يفطر ، إن وقع الاقرار المبهم في
جواب دعوى ، وامتنع من التفسير ، جُعِل منكيراً ، وتعرض اليمين عليه . فإن أصر ،
جمل ناكلاً ، وحلف المدعي . وإن أقر ابتداءً ، قلنا للمقر له : ادّع عليه حَقك ، فإذا
ادّعى ، وأقر بما ادّعاه ، أو أنكّر ، أجرينا عليه حكمه . وإن قال : لا أدري ،

جعلناه منكراً ، فإن أصر ، جعلناه ناكلاً ، لأنه إذا أمكن حصول الغرض بلا حبس ، لا يحبس . والثالث : إن أقر بنصب ، وامتنع من بيان المنصوب ، حبس . وإن أقر بدين مبهم ، فالحكم كما ذكرنا في الوجه الثاني . والرابع : إن قال : علي شيء ، وامتنع من التفسير ، لم يحبس . وإن قل : علي ثوب ، أو فضة ، ولم يبين ، حبس ، قاله أبو عاصم العبادي ، وأشار في شرح كلامه ، إلى أن الفرق مبني على قبول تفسير الشيء بالخر ونحوه ، فانه لا يتوجه بذلك مطالبة وحبس .

فرع

إذا فسر المبهم بتفسير صحيح ، وصدقه المقر له ، فذاك ، وإلا فليبين جنس الحق وقدره ، وليدّعه ، والقول قول المقر في نفيه . ثم إن كان من جنسه ، بأن فسر بمائة درهم ، وقال المقر له : لي عليك مائتان ، فإن صدقه على إرادة المائة ، فهي ثابتة باتفاقها ، ويحلف المقر على نفي الزيادة . وإن قال : أراد به المائتين ، حلف المقر أنه ما أراد المائتين ، وأنه ليس عليه إلا مائة ، ويجمع بينها بيمين واحدة على الصحيح . وقال ابن الرزبان : لا بد من يمينين . فلو نكل ، حلف المقر له على استحقاق المائتين ، ولا يحلف على الإرادة ، لأنه لا اطلاع له عليها ، بخلاف ما إذا مات المقر ، وفسر الوارث ، فادعى المقر له زيادة ، فيحلف الوارث على نفي إرادة المورث ، لأنه قد يطلع من حال مورثه على ما لا يطلع عليه غيره . قال البغوي : ومثله : أو أوصى بمجمل ومات ، ففسره الوارث ، وزعم الموصى له أنه أكثر ، يحلف الوارث على نفي العلم باستحقاق الزيادة ، ولا يتعرض للإرادة . والفرق ، أن الاقرار بإخبار عن حق سابق ، وقد يطلع عليه ، والوصية لإنشاء أمر على الجهالة ، وبيانه : إدامات [الموصي] إلى الوارث . وأما إذا كان ما ادعاه من غير جنس ما فسر به المقر ، فينظر ، إن صدقه في الإرادة ، فقال : هو ثابت لي عليه ، ولي عليه مع ذلك كذا ، ثبت المتفق

عليه ، والقول قول المقر في نفي غيره . وإن صدقه في الإرادة ، وقال : ليس لي عليه ما فسر [به] ، إنما لي عليه كذا ، بطل حكم الاقرار برده ، وكان مدعياً عليه في غيره . وإن كذبه في دعوى الإرادة ، وقال : إنما أراد ما ادعيت ، حلف المقر على نفي الإرادة ، وبقي ما يدعيه ^(١) . ثم إن كذبه في استحقاق المقر به ، بطل الاقرار فيه ، وإلا ، فيثبت . ولو اقتصر المقر له على دعوى الإرادة ، وقال : ما أردت بكلامك ما فسرته به ، وإنما أردت كذا ، إما من جنس المقر به ، وإما من غيره ، لم يسمع منه ، لأن الاقرار والإرادة لا يثبتان حقاً له ، بل الاقرار لإخبار عن سابق ، فليحلف أن يدعي الحق نفسه . قال الإمام : وفيه وجه ضعيف : أنه تقبل دعوى الإرادة المجردة ، وهو كالتخلاف في أن من ادعى على خصمه أنه أقر له بألف درهم ، هل تسمع ؟ أم عليه أن يدعي نفس الألف ؟ أما إذا ضم إلى الإرادة دعوى الاستحقاق ، فيحلف المقر على نفيها على التفصيل المذكور . واتفقت الطرق عليه .

فرع

مات المبهم قبل التفسير ، طوب به الوارث . فإن امتنع ، فقولان . أحدهما : يوقف مما ترك أقل ما يتمول . وأظهرهما : يوقف الجميع ، لأنه مرتين بالدين .
الضرب الثاني : مال . فإذا قال : له علي مال ، قبل تفسيره بأقل ما يتمول ، ولا يقبل بما ليس بمال ، كالكلب وجلد الميتة ، قال الإمام : والوجه : القبول بالثمرة الواحدة حيث يكثر ، لأنه مال ، وإن لم يتمول في ذلك الموضع ، هكذا ذكره المراقبون ، وقالوا : كل متمول مال ، ولا ينكس . وتلتحق حبة الحنطة بالثمرة . وفي قبول التفسير بالاستولدة ، وجهان . أحدهما : القبول . وإن فسر بوقف عليه ،

(١) في نسخة الظاهرية و « شرح الوجيز » : ونفى ما يدعيه .

فيشبهه أن يخرج على الخلاف في الملك في رقبة الوقف ، هل هو الموقوف عليه ؟

فرع

إذا قال : له عليّ مال عظيم ، أو كثير ، أو كبير ، أو جليل ، أو نفيس ، أو خطير ، أو غير تافه ، أو مال ، وأي مال ، قبل في تفسيره بأقل ما يتمول ، لأنه يحتمل أن يريد عظيم خطره بكفر مستحله ، وإثم غاصبه . وقد قال الشافعي رضي الله عنه : أصل ما أنبي عليه الاقرار ، أن لا أنزم إلا اليقين ، وأطرح الشك ، ولا أستمعل الغلبة . وحكي وجه غريب : أنه يجب أن يزيد تفسير « مال عظيم » على تفسير مطلق المال ، ليكون لوصفه بالمعظم فائدة . ولو قال : مال حقير ، أو قليل ، أو خسيس ، أو طفيف ، أو تافه ، أو زرء ، أو يسير ، فهو كقوله : مال . وتحمل هذه الصفات على احتقار الناس إياه ، أو على أنه فان .

فرع

قال : لزيد عليّ مال أكثر من مال فلان ، يقبل تفسيره بأقل متمول وإن كثر مال فلان ، لأنه يحتمل أنه أكثر لكونه حلالاً ، وذلك حرام أو نحوه .
قلت : وسواء علم مال فلان ، أم لم يعلم . والله أعلم

وكما أن القدر مبهم ، فكذلك الجنس والنوع . ولو قال : له عليّ أكثر من مال فلان عدداً ، فالإبهام في الجنس والنوع . ولو قال : له عليّ من الذهب أكثر من مال فلان ، فالإبهام في القدر والنوع . ولو قال : من صحاح الذهب ، فالإبهام في القدر وحده . ولو قال : لزيد عليّ [مال] أكثر مما شهد به الشهود على فلان ،

قبل في تفسيره بأقل متمول، لاحتمال أن يستقدم شهود زور ، ويقصد أن القليل
الحلال أكثر بركة من كثير يؤخذ بالباطل . ولو قال: أكثر مما قضى به القاضي على
فلان ، فوجهان . أحدهما : يلزم القدر المقتضي به ، لأن قضاء القاضي محمول على
الحق . وأصحها : أنه كالشهادة ، فيقبل أقل متمول، لأنه قد يقضي بشهادة كاذبين.
ولو قال : لزيد علي" أكثر مما في يد فلان ، قبل أقل متمول . ولو قال: له علي"
أكثر مما في يد فلان من الدراهم ، لم يلزمه التفسير بجنس الدراهم ، لكن يلزم
بذلك المدد من أي جنس فتر ، وزيادة أقل متمول ، كذا قاله في «التهذيب»،
وهو مخالف ما سبق من وجهين . أحدهما : إلزام ذلك المدد . والثاني : إلزام
زيادة، لأن التأويل الذي ذكرناه الأكثرية، بنفيها جميعاً . ولو قال: له علي" من الدراهم
أكثر مما في يد فلان من الدراهم ، وكان في يد فلان ثلاثة دراهم ، قال البغوي:
يلزمه ثلاثة دراهم ، وزيادة أقل ما يتمول. والأصح : ما نقله الامام أنه لا يلزمه
زيادة، حملاً الأكثر على ما سبق . وحكى عن شيخه : أنه لو فسره بما دون الثلاثة،
قبل أيضاً . ولو كان في يده عشرة دراهم ، وقال المقر : لم أعلم، وظننتها ثلاثة ،
قبل قوله يمينه .

الضرب الثالث : كذا . فإذا قال : لزيد علي" كذا ، فهو كقولهِ : له شيء .
ولو قال : كذا كذا ، فهو كقولهِ : كذا ، والتكرار للتأكيد . ولو قال :
كذا وكذا ، لزمه التفسير بشيئين متفقين أو مختلفين ، بحيث يقبل كل واحد منها
في تفسير «كذا» . وهكذا الحكم فيما لو قال : علي شيء شيء ، أو شيء شيء .
ولو قال : كذا درهم ، يلزمه درهم فقط ، وكان الدرهم تفسير ما أبهمه . وفي وجه
لأبي إسحاق : يلزمه عشرون درهماً إن كان يعرف الريية ، لأنه أول اسم مفرد
يتصب الدرهم المفسر بعده . والصحيح المعروف : هو الأول . وأجاب الأصحاب،
بأن في تفسير المههم لا ينظر إلى الاعراب . ولهذا لو قال : علي" كذا درهم

صحيح ، لا يلزمه مائة درهم بالاتفاق، وإن كان ذلك مقتضاه بالعربية . ولو قال :
كذا درهم من غير صفة الصحة ، لزمه أيضاً درهم على الصحيح . وقيل : بعض
درهم . ولو قال : كذا درهم ، بالرفع ، لزمه درهم بلا خلاف . ولو قال : كذا
درهم ، ووقف عليه ساكناً ، فكالحفوض . ولو قال : كذا كذا درهماً ، لزمه درهم
فقط على الصحيح . وقال أبو إسحاق : يلزمه أحد عشر درهماً إن عرف العربية .
ولو قال : كذا كذا درهم ، أو درهم ، لزمه درهم فقط . ويجيء في الحفوض الوجه
السابق لبعض درهم . ولو قال : كذا وكذا درهماً ، لزمه درهماً على المذهب . وفي
قول : درهم . وفي قول : درهم وشيء . وفي وجه لأبي إسحاق : أحد وعشرون
درهماً إن عرف العربية . ولو قال : كذا وكذا درهم ، بالرفع ، لزمه درهم فقط على
المذهب . وقيل : قولان . ثانيها : درهماً . ولو قال : كذا وكذا درهم ، بالحفوض ،
لزمه درهم فقط . ويمكن أن يخرج مما سبق أنه يلزمه شيء وبعض درهم ، أو
لا يلزمه إلا بعض درهم . ولو قال : كذا وكذا وكذا درهماً ، فإن قلنا : إذا
كرر مرتين يلزمه درهماً ، لزمه هنا ثلاثة . وإن قلنا : درهم ، فكذا هنا .

فصل

قال: له علي ألف ودرهم ، أو ودرام ، أو ألف وثوب ، أو ألف وعبد، فله
تفسيره بنير جنس ما عطف عليه . ولو قال : له خمسة عشر درهماً ، فكلها درام .
ولو قال: خمسة وعشرون درهماً ، فكلها درام على الصحيح . وقال ابن خيران ، والاصطخري:
المشرون درام ، والخمسة بحجة تفسرها . وعلى هذا الخلاف قوله : مائة وخمسة وعشرون
درهماً ، وقوله : ألف ومائة وخمسة وعشرون درهماً ، وكذا قوله : ألف وثلاثة أثواب ، وقوله:
مائة وأربعة دنائير ، وقوله : مائة ونصف درهم . ولو قال : درهم ونصف ، أو عشرة درام

ونصف ، فالكل درام على الصحيح ^(١) الذي قاله الأكثرون ، لأنه المعروف في الاستعمال . وقال الاصطخري وجماعة: النصف بحملة . ولو قال : نصف ودرم ، فالنصف بحمل . ولو قال : مائة وقفيز حنطة ، فالمائة بحملة ، بخلاف قوله : مائة وثلاثة درام ، لأن الدرهم تصلح تفسيراً للكل ، والحنطة لاتصلح تفسيراً للدائنة ، لأنه لا يصح أن يقال : مائة حنطة . ولو قال : علي ألف درهم ، برقمها وتنوئها ، فسر الألف بما لا ينقص قيمته عن درهم ، كأنه قال : الألف بما قيمة الألف منه درهم .

الضرب الرابع : درهم . قد ذكرنا في الزكاة ، أن دراهم الاسلام المتبر بها تُضَبُّ الزكاة والديات وغيرها ، كل عشرة منها سبعة مثاقيل ، وكل درهم ستة دوانيق . وزيد الآن ، أن الدائق : ^(٢) ثمان حبات وخمسة حبة ، فيكون الدرهم خمسين حبة وخمسي حبة ، والمراد : حبة الشعير المتوسطة التي لم تقشر ، لكن قطع من طرفها ما دق وطال ، والدينار : اثنان وسبعون حبة منها ، هكذا نقل عن رواية أبي القاسم بن سلام ، وحكاها الخطابي عن ابن سريج . وفي « الحلية » للروائي ، أن الدائق ثمان حبات ، فيكون الدرهم : ثمانية وأربعين حبة . فاذا قال : له علي درهم ، أو ألف درهم ، ثم قال : هي ناقصة ، نظر ، إن كان في بلده دراهمه تامة ، وذكره متصلاً ، قبل على الذهب ، كما لو امتتنى . وقال ابن خيران : في قبوله قولان بناءً على تمييز الاقرار . وإن كان ذكره منفصلاً ، لم يقبل ، ولزمه دراهم الاسلام ، إلا أن يصدقه المقر له ، لأن لفظ الدرهم صريح فيه وضماً وعرفاً . واختار الروائي أنه يقبل ، لأن اللفظ يحتمله ، والأصل براءة ذمته ، وحكاها عن جماعة من الأصحاب ، وهو شاذ . وإن كان في بلده دراهمه ناقصة ، قبل إن ذكره متصلاً قطعاً ، وكذا إن ذكره منفصلاً على الأصح المنصوص . ويجري هذا الخلاف ، فيمن أقر

(١) في مخطوطة الظاهرية : على الاصح .

(٢) في الاصل : الدوائق ، وما أبتناه من مخطوطة الظاهرية .

في بلد وزن دراهمه أكثر من دراهم الاسلام ، مثل غزنة^(١) ، هل يحمل على دراهم البلد ، أو الاسلام ؟ فان قلنا بالأول ، فقال : عنيت دراهم الاسلام ، منفصلاً ، لم يقبل . وإن كان متصلاً ، فملى الطريقين . والمذهب : القبول .

فرع

الدرهم عند الاطلاق ، إنما يستعمل في النقرة . فلو أقر بدرهم ، وفسرها بفلوس ، لم يقبل ، وإن فسرهما بمشوشة ، فكالتفسير بالناقصة ، لأن نقرتها تنقص عن النامة ، فيعود فيه التفصيل في الناقصة . ولو فسر بجنس رديء من الفضة ، أو قال : أردت من سكة كذا ، وهي جارية في ذلك البلد ، قبل ، كما لو قال : له علي ثوب ، ثم فسر برديء ، أو بما لا يعتاد أهل البلد لبسه ، بخلاف ما لو فسر بناقصة ، لأنه يرفع شيئاً مما أقر به ، وبخالف البيع ، فانه يحمل على سكة البلد ، لأنه إنشاء معاملة . والغالب ، أن المعاملة في كل بلد^(٢) بما يروج فيه . والاقرار ، إخبار عن حق سابق ، وربما ثبت في ذمته ببلد آخر ، فوجب قبول تفسيره . وقال المزني : لا يقبل تفسيره بغير سكة البلد ، وواقفه غيره من أصحابنا .

فرع

إذا قل : له علي درهم أو دريهات ، أو درهم صغير ، أو دراهم صغار ، ففيه اختلاف كثير . والأصح : أنه كقوله : درهم أو دراهم ، فيعود في تفسيره بالنقص التفصيل السابق ، وليس التقييد بالصغير كالتقييد بالنقصان ، لأن لفظ الدرهم صريح

(١) غزنة : مدينة عظيمة في طرف خراسان ، وقد نسب إليها كثير من الملوك والسلف الصالح . والصحيح أنه يقال لها : غزني .

(٢) في الأصل : في كل بيع ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

في الوزن ، والوصف بالصغير يجوز أن يكون في الشكل ، ويجوز بالإضافة إلى غيرها . وقال الشيخ أبو حامد ومن قبله : يلزمه من الدراهم الطبرية ، وهي أربعة دوانيق . ولم يفرقوا بين بلد وبلد ، لأن ذلك المتيقن . ولو قال : درهم كبير ، فالذهب : أنه كقوله : درهم . وقال البغوي : إن كان في بلد أوزانهم ناقصة أو تامة ، لزمه درهم الاسلام . وإن كانت أوزانهم زائدة ، لزمه من نقد البلد . وفي إلزامه نقد البلد إشكال .

فرع

إذا قال : عليّ درهم ، لزمه ثلاثة ، ولا يقبل تفسيره بأقل منها . ولو قال : دراهم عظيمة ، أو كثيرة ، فثلاثة ، ويحيى فيه الوجه السابق في مال عظيم ، ولو قال : عليّ أقل أعداد الدراهم ، لزمه درهمان . ولو قال : مائة درهم عدد ، لزمه مائة درهم بوزن الاسلام صحاح . قال في « التهذيب » : ولا يشترط أن يكون كل واحد ستة دوانيق ، وكذلك في البيع . ولا يقبل مائة بالعدد ناقصة الوزن ، إلا أن يكون نقد البلد عدديّة ناقصة ، فظاهر المذهب : القبول . ولو قال : عليّ مائة عدد من الدراهم ، اعتبر العدد دون الوزن .

فصل

قال : عليّ من درهم إلى عشرة ، لزمه تسعة على الأصح عند العراقيين ، والنزالي . وقيل : عشرة ، وصححه البغوي . وقيل : ثمانية ، كما لو قال : بتك من هذا الجدار إلى هذا الجدار ، لا يدخل الجداران في البيع . واحتج الشيخ أبو حامد للأول ، بأنه لو قال : لفلان من هذه النخلة إلى هذه النخلة ، تدخل الأولى في الاقرار دون

الأخيرة . وفيما قاله نظر ، وبينني أن لا تدخل الأولى أيضاً ، كقوله : بئسك من هذا الجدار إلى هذا الجدار. ولو قال: ما بين درهم إلى عشرة ، فالصحيح المشهور: أنه يلزمه ثمانية ، وهو نصه . وقيل : تسعة ، ونقله في « المفتاح » ، عن نصه . وقيل : عشرة ، حكاه أبو خلف السلمي عن الففال . ولم يفرقوا بين قوله: ما بين درهم إلى عشرة ، وقوله: ما بين درهم وعشرة . وربما سوّوا بينها . ويجوز أن يفرق ، فيقطع بالثمانية في الصيغة الأخيرة .

قلت : القلع بالثمانية ، هو الصواب ، وقول الامام الرافي رحمه الله : لم يفرقوا ، غير مقبول ، فقد فرق القاضي أبو الطيب في تعليقه ، فقطع بالثمانية في قوله : ما بين درهم وعشرة . وذكر الأوجه فيما بين درهم إلى عشرة . والله أعلم

فصل

قال: له عليّ درهم في عشرة ، إن أراد الظرف ، لزمه درهم فقط . وإن أراد الحساب ، فمشرة . وإن أراد بـ « في » : « مع » ، لزمه أحد عشر . وإن أطلق ، فدرهم . وحكي قول في مثله في الطلاق : أنه يحمل على الحساب ، وهو جارٍ هنا .

الضرب الخامس : الظرف . الأصل في هذا ، أن الاقرار بالظروف ليس إقراراً بالظروف . وكذا عكسه ، ودليله ، البناء على اليقين . أما إذا قال : له عندي زيت في جرة ، أو سيف في غمد ، أو ثوب في منديل ، أو تمر في جراب ، أو لبن في كوز ، أو طعام في سفينة ، أو غصبت زيتاً في جرة ، فهو مقرّ بالظروف فقط . ولو قال: له عندي غمد فيه سيف ، وجرة فيها زيت ، وجراب فيه تمر ، وسفينة فيها طعام ، فأقرار بالظرف فقط . ولو قال : فرس في إصطبل ، أو حمار

على ظهره إكاف ، أو دابة عليها سرج أو زمام ، وعبد على رأسه عمامة ، أو في وسطه منطقة ، أو في رجله خف ، أو عليه قبض ، فاقرار بالدابة والعبد فقط . ولو قال : عمامة على رأس عبد ، أو سرج على ظهر دابة ، فاقرار (١) بالعمامة والسرج فقط . وقال صاحب « التلخيص » : إذا قال : عبد على رأسه عمامة ، أو في رجله خف ، فاقرار بها مع العبد . وجمهور الأصحاب ، على ما سبق . ولو قال : دابة مسروجة ، أو دار مفروشة ، لم يكن مقرأ بالسرج والفرش ، بخلاف ما لو قال : بسرجه وبفرشها ، وبخلاف ما لو قال : ثوب مطرز ، لأن الطراز ، جزء من الثوب . وقيل : إن ركب فيه بعد النسج ، فعلى وجهين مذكورين في أخوات المسألة . ولو قال : قص في خاتم ، فاقرار بالقص فقط . ولو قال : خاتم فيه فص ، ففي كونه مقرأ أيضاً بالفص وجهان . قال البغوي . أصحها : المنع . ولو اقتصر على قوله : عندي له خاتم . ثم قل بعد ذلك : ما أردت الفص ، لم يقبل منه على المذهب ، بل يلزمه الخاتم بفصه ، لأن الخاتم تناولها ، فلا يقبل رجوعه عن بعض ما تناوله الاقرار ، وحكى الغزالي فيه وجهين . ولو قال : حمل في بطن جارية ، لم يكن مقرأ بالجارية . وكذا : نمل في حافر دابة ، وعروة على رقعة (٢) . ولو قال : جارية في بطنها حمل ، ودابة في حافرها نمل ، ورقعة عليها عروة ، فوجهان . كقوله : خاتم في فص . ولو قال : هذه الجارية لفلان ، وكانت حاملاً ، لم يدخل الحمل في الاقرار على الأصح ، لأنه إخبار ، فكان على حسب إرادة المخبر ، بخلاف البيع ، فإن الحمل يدخل فيه . ولو قال : له هذه الجارية إلا حملها ، لم يدخل الحمل قطعاً . ولو قال : ثمرة على شجرة ، لم يكن مقرأ بالشجرة . ولو قال : شجرة عليها ثمرة ، بني على أن الثمرة هل تدخل في مطلق الاقرار بالشجرة ؟ وهي لا تدخل بعد التأخير على الصحيح ، ولا قبله على الأصح ، وبه قطع البغوي ، لأن الاسم لا يتناولها لغة ، بخلاف البيع ، فإنه ينزل على المعتاد ، وذكر القفال وغيره في ضبط الباب : أن ما دخل تحت البيع المطلق ، دخل تحت الاقرار .

(١) في الأصل : فأقر .

(٢) الرقعة : وعاء من صفر له عروتان يستصحبهما المسافر .

ومالا ، فلا ، وما ذكرنا في المسائل يقتضي أن يقال في الضبط : ما لا يتبع في البيع ، ولا يتناوله الاسم ، لم يدخل ، وما يتبع ويتناوله الاسم ، دخل ، وما يتبع ولم يتناوله الاسم ، فوجهان .

فصل

إذا قل : له علي ألف في هذا الكيس ، لزمه ، سواء كان فيه ألف ، أم لم يكن فيه شيء أصلاً ، لأن قوله : علي ، يقتضي اللزوم ، ولا يكون مقراً بالكيس كما سبق . فإن كان فيه دون الألف ، فوجهان . قال أبو زيد : لا يلزمه إلا ذلك القدر . وقال القفال : يلزمه الاتمام ، وهذا أصح . ولو قال : علي ألف الذي في هذا الكيس ، وكان فيه دون الألف ، لم يلزمه الاتمام على الصحيح . وإن لم يكن فيه شيء ، فوجهان . ويقال : قولان ، بناء على ما لو حلف : ليس بـ ما هذا الكوز ، ولا ماء فيه ، هل تنقذ يمينه ويحث ، أم لا ؟ قلت : ينبغي أن يكون الراجح : أنه لا يلزمه ، لأنه لم يعترف بشيء في ذمته .

والله أعلم

فصل

لو قال : لفلان في هذا العبد ألف درهم ، فهذا لفظ بجمل ، فيسأل ، فإن قال : أردت أنه جني عليه ، أو على ماله جناية أرشها ألف ، قبل ويطلق الأرض برقبته . وإن قال : أردت أنه رهن عنده بألف علي ، فوجهان . أحدهما : لا يقبل ، لأن اللفظ يقتضي كون العبد محلاً للألف ، ومحل الدين الذمة ، لا المرهون . فعلى هذا ، إذا نازعه المقر له ، أخذناه بالألف الذي ذكره في التفسير ، وطالبناه للاقرار بالمجل

بتفسير صالح . وأصحها : القبول ، لأن الدين وإن كان في الذمة ، فله تملق ظاهر بالمرهون . وإن قال : أردت أنه وزن في ثمنه ألفاً ، قيل له : هل وزنت في ثمنه شيئاً ؟ فإن قال : لا ، فالعبد كله للمقر له . وإن قال : نعم ، سئل عن كيفية الشراء . أكان دفعة واحدة ، أم لا ؟ فإن قال : دفعة ، سئل ما قدر ما وزن ؟ فإن قال : وزنت ألفاً أيضاً ، فالعبد بينهما نصفان . وإن قال : ألفين ، فله ثلثا العبد ، والمقر له ثلاثة . وعلى هذا ، القياس ، ولا نظر إلى قيمة العبد . وإن قال : اشتريته دفعتين ووزن هو في ثمن عشره مثلاً ألفاً ، واشتريت أنا تسعة أعشاره بألف ، قبل قوله ، لأنه محتمل . وإن قال : أردت أنه أوصي له من ثمنه بألف ، قبل وبيع ودفع إليه من ثمنه ألف ، وليس له دفع الألف من ماله . ولو قال : دفع إليّ الألف لأشتري له العبد ، ففعلت ، فإن صدقه المقر له ، فالعبد له . وإن كذبه ، فقد رد إقراره بالعبد ، وعليه رد الألف الذي أخذ . وإن قال : أردت أنه أقرضني ألفاً ، فصرفته إلى ثمنه ، قبل ولزمه الألف . وتوجيه الخلاف إذا أقر برهنه يقتضي عوده هنا . ولو قال : له من هذا العبد ألف درهم ، فهو كقوله : في هذا العبد . ولو قال : من ثمن هذا العبد ، فكذلك ، قاله في « التهذيب » . وجميع ما ذكرناه في هذا الفصل ، هو فيما إذا اقتصر على قوله : [له] في هذا العبد ، ولم يقل : عليّ ، فإن قال : عليّ ، كان التزاماً بكل حال ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى في آخر الفصل الذي بعد هذا .

فرع

قال : له عليّ درهم في دينار ، فهو كقوله : له ألف في هذا العبد . فإن قوى نفى « مع » ، لزمه (١) .

(١) في « شرح الوجيز » فإن أراد النفي منه لزمه .

قلت : وإن لم ينو شيئاً ، لزمه درهم فقط . والله أعلم

فصل

قال الشافعي رضي الله عنه في « المختصر » : لو قال : له في ميراث أبي ألف درهم ، كان مقراً على أبيه بدن . ولو قال : له في ميراثي من أبي ألف درهم ، كان هبة ، إلا أن يريد إقراراً . قال الأصحاب : النصبان على ظاهرهما . وعن صاحب « التقريب » ، إشارة إلى التسوية ، كأنه نقل وخرج . والمذهب : الفرق . ومثله ، لو قال : له في هذه الدار نصفها ، فهو إقرار . ولو قال : في داري نصفها ، فهو وعد هبة ، نص عليها . ولو قال : له في مالي ألف درهم ، كان إقراراً . ولو قال : له من مالي ألف درهم ، كان وعد هبة ، نص عليها . واختلف الأصحاب في قوله : له في مالي ألف ، ف قيل : قولان . أحدهما : هو وعد هبة . والثاني : إقرار . وقيل : هبة قطعاً . وحملوا النص على خطأ الناسخ ، وربما أوّلوه على ما لو أتى بصيغة التزام فقال : عليّ في مالي ، فانه إقرار ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى . وإذا أثبتنا الخلاف ، فعن الشيخ أبي علي ، طرده فيما إذا قال : في داري نصفها . وامتنع من طرده فيما إذا قال : في ميراثي من أبي . وعن صاحب « انتقريب » ، وغيره ، طرده فيه بطريق الأولى ، لأن قوله : في ميراثي من أبي ، أولى بأن يجعل إقراراً من قوله : في مالي أو في داري ، لأن التركة مملوكة للورثة مع تعلق الدين بها ، فيحسب إضافة الميراث إلى نفسه مع الإقرار بالدين ، بخلاف المال والدار . وأما فرقه في النص الأخير ، بين « في » و « من » ، فمن الأصحاب من قال : لا فرق ، ولم يثبت هذا النص ، أو أوّلوه ، ومنهم من فرق ، بأن « في » يقتضي كون مال المقر ظرفاً لمال المقر له ، وقوله : من مالي ، يقتضي التبويض ، وهو ظاهر في الوعد بأنه

يقطع له شيئاً من ماله . وإذا فرقنا بينها ، لزمه مثله في الميراث قطعاً . والمذهب : أنه لا فرق بينها ، وأن الحكم في قوله : « في مالي » كما ذكرنا أولاً في « ميراثي » . واستبعد الامام تخريج الخلاف في قوله : له في داري نصفها ، لأنه إذا أضاف الكل إلى نفسه ، لم ينتظم منه الاقرار ببعضه ، كما لا ينتظم الاقرار بـكله في قوله : « داري لفلان » ، وخصص طريقة الخلاف بما إذا لم يكن المقر به جزءاً من مسمى ما أضافه إلى نفسه ، كقوله : في مالي ألف ، أو في داري ألف . وحيث قلنا في هذه الصور : إنه وعد هبة ، لا إقرار ، فذلك إذا لم يذكر كلمة الالتزام . فأما إذا ذكرها بأن قال : علي ألف درهم في هذا المال ، أو في مالي ، أو في ميراثي من أبي ، أو في ميراث أبي ، أو في داري ، أو في عهدي ، أو هذا العبد ، فهو إقرار بكل حال . ولو قال : له في ميراثي من أبي ، أو في مالي بحق لزمي ، أو بحق ثابت ، وما أشبهه ، فهو إقرار بكل حال ، كما لو قال : علي ، ذكره ابن القاص ، والشيخ أبو حامد ، وغيرهما . واعلم أن مقتضى قولنا في قوله : علي في هذا المال ، أو في هذا العبد ألف درهم ، هو إقرار : أنه يلزمه الألف وإن لم يبلغ ذلك المال ألفاً ، بخلاف ما إذا قال : له علي ألف في هذا الكيس ، وكان فيه دون الألف ، فإن فيه خلافاً سبق ، فإن ظرفية العبد للدراهم ، ليست كظرفية الكيس لها ، لكن لو قال : له في هذا العبد ألف ، من غير كلمة « علي » ، وفرضه بأنه أوصى له بألف من ثمنه ، فلم يبلغ ثمنه ألفاً ، لم يجب عليه تنعيم الألف بحال .

[قلت : (١)]

الضرب السادس : التأكيد والمطف ونحوهما . وفيه مسائل .

إحداها : قال : علي درهم درهم درهم ، لزمه درهم فقط ، وكذا لو كرره هكذا (٢) ألف مرة فأكثر . ولو قال : درهم ودرهم ، أو درهم ثم درهم ، لزمه

(١) في هامش نسخة الظاهرية : كذا في الأصل ، وبمده يياض . ا . ه .

(٢) في الأصل : وكذا أو كرر هذه .

درهمان للمغايرة . ولو قال : درهم ودرم ودرم ، لزمه بالأول والثاني درهمان .
وأما الثالث ، فإن أراد به درهماً آخر ، لزمه ، وإن قال : أردت به تأكيد الثاني ،
قُبيل ، ولزمه درهمان فقط . وإن قال : أردت به تأكيد الأول ، لم يقبل على الأصح ،
فيلزمه ثلاثة . وإن أطلق ، لزمه ثلاثة على المذهب ، وبه قطع الأكثرون . وقال ابن
خيران : فيه قولان كالإطلاق ، ثانيهما درهمان . فعلى المذهب ، لو كرره عشر
مرات فأكثر ، لزمه بمد ما كرر . ولو قال : عليّ درهم ، ثم درهم ، ثم درهم ،
فهو كقوله : درهم ودرهم ودرهم . ولو قال : درهم ودرهم ، ثم درهم ، لزمه
ثلاثة بكل حال .

الثانية : قال : عليّ درهم مع درهم ، أو معه درهم ، أو فوق درهم ، أو
فوقه درهم ، [أو تحت درهم] ، أو تحته درهم ، أو عليّ درهم ، أو عليه درهم ،
فالمذهب والمنصوص والذي قطع به الأكثرون : أنه يلزمه درهم . وقيل : قولان .
ثانيهما : درهم . وقال الداركي : مع الهاء ، درهمان ، وبجذفا ، درهم . ولو قال :
له عليّ درهم قبل درهم ، أو قبله درهم ، أو بعده درهم ، لزمه درهمان على
المذهب والمنصوص ، وبه قطع الأكثرون . وقيل : قولان . ثانيهما : درهم . وقال
ابن خيران وغيره : مع الهاء درهمان . وبجذفا ، درهم .

الثالثة : قال : له عليّ أو عندي درهم فدرهم ، إن أراد المطف ، لزمه درهمان ،
وإلا ، فالنص لزوم درهم [فقط] . ونص في : أنت طالق ، فطالق ، أنه طلقتان .
وقال ابن خيران : فيها قولان . أحدهما : درهمان وطلقتان . والثاني : درهم وطلقة .
والمذهب الذي قطع به الأكثرون : تقرير النصين . ولو قال : درهم فقفيز حنطة ، فهل
يلزمه درهم فقط ، أم يلزمه جميعاً ؟ فيه هذا الخلاف . وذكر أبو العباس الروياني ،

أن قياس ما ذكرنا في الطلاق : أنه إذا قال : بتك بدرهم فدرهم ، يكون بائناً بدرهمين ، لأنه إنشاء ، لا إخبار .

الرابعة : إذا قال : علي درهم ، بل درهم ، لزمه درهم فقط . ولو قال : درهم ، لا بل درهم ، ولكن درهم ، فكذلك . ولو قال : درهم ، لا بل درهمان ، أو قفيز حنطة ، لا بل قفيزان ، لزمه درهمان ، أو قفيزان فقط . هذا إذا لم يمين . فأما إن قال : له عندي هذا القفيز ، بل هذان القفيزان ، فيلزمه الثلاثة ، لأن الميمين لا يدخل في الميمين . وكذا لو اختلف جنس الاول والثاني مع عدم التمين ، بأن قال : درهم بل ديناران ، أو قفيز حنطة ، بل قفيزا شعير ، لزمه الدرهم والديناران ، وقفيز الحنطة وقفيزا الشعير . ولو قال : درهمان بل درهم ، أو عشرة ، بل تسعة ، لزمه الدرهمان والعشرة ، لأن الرجوع عن الاكثر لا يقبل ، ويدخل فيه الاقل . ولو قال : دينار ، بل ديناران ، بل ثلاثة ، لزمه ثلاثة . ولو قال : دينار ، بل ديناران ، بل قفيز ، بل قفيزان ، لزمه ديناران وقفيزان . ولو قال : دينار وديناران ، بل قفيز وقفيزان ، لزمه ثلاثة دنائير وثلاثة أقفزة ، وقس عليه ما شئت .

الضرب السابع : التكرار . القول الجملي فيه أن تكرار الاقرار لا يقتضي تكرار المقر به ، لأن الاقرار إخبار ، وتعدد الخبر لا يقتضي تعدد الخبر عنه ، فينزل على واحد ، إلا إذا عرض ما يمنع من ذلك ، فيحكم بالمغايرة . فإذا أقر لزيد يوم السبت بألف ، ويوم الأحد بألف ، لزمه ألف فقط ، سواء وقع الاقراران في مجلس أو مجلسين ، وسواء كتب به صكاً وأشهد عليه شهوداً على التعاقب ، أو كتب صكاً بألف وأشهد عليه ، ثم كتب صكاً [بألف] وأشهد عليه . ولو أقر في يوم بألف ، وفي آخر بخمسمائة ، دخل الأقل في الأكثر . ولو أقر يوم السبت بألف من ثمن عبد ، ويوم الأحد بألف من ثمن جارية ، أو قال مرة : صحاح ، ومرة : مكسرة ، لزمه ألفان . وكذا لو قال : قبضت منه يوم السبت عشرة ، ثم قال :

قبضت منه يوم الأحد عشرة ، أو طلقها يوم السبت طلقة ، ثم قال : طلقها يوم الأحد طلقتين ، تمدد. ولو قال يوم السبت: طلقها طلقة ، ثم أقر يوم الأحد بطلقتين ، لم يلزم إلا طلقتان . ولو أضاف أحد الاقرارين إلى سبب ، أو وصف الدراهم بصفة ، وأطلق الاقرار الآخر ، نزل المطلق على المضاف ، لامكانه .

فرع

لو شهد عدل أنه أقر يوم السبت بألف ، أو بنصب دار ، وشهد آخر أنه أقر يوم الأحد بألف ، أو بنصب تلك الدار ، لفقنا الشهادتين واعتبرنا (١) الألف والنصب ، لأن الاقرار لا يوجب حقاً بنفسه ، وإنما هو إخبار عن ثابت ، فينظر إلى الخبر عنه وإلى اتفاقها على الإخبار عنه . وكذا لو شهد أحدهما على إقراره بألف بالعربية ، والآخر على إقراره بألف بالعجمية . ولو شهد عدل أنه طلقها يوم السبت ، وآخر أنه طلقها يوم الأحد ، لم يثبت بشهادتهما شيء ، لأنها لا يتفقان على شيء ، وليس هو إخباراً حتى ينظر إلى المقصود الخبر عنه . وقيل : في الاقرارين والطلاقين ، قولان بالنقل والتخريج . قال الامام : أما التخريج من الطلاق إلى الاقرار ، فقريب في المعنى وإن بعد في النقل ، لأن الشاهدين لم يشهدا على شيء واحد ، بل شهد هذا على إقرار ، وذاك على إقرار آخر . والمقصود من اشتراط المدد في الشهادة ، زيادة التوثق ، وأما التخريج من الاقرار إلى الطلاق ، فبعيد نقلاً ومعنى ، لأن من طلق اليوم ، ثم طلق غداً ، والمرأة رجمية ، وزعم أنه أراد طلقة واحدة ، لم يقبل منه ، فكيف يجمع بين شهادة شاهد على طلاق اليوم ، وشاهد على طلاق الغد ؟! ويجري التخريج على ضمفه في سائر الانشاءات وفي الافعال ، كالقتل ، والقبض ، وغيرها . والمذهب :

(١) في نسخة الظاهرية و « شرح الوجيز » : وأثبتنا .

الأول ، حتى لو شهد أحدهما أنه قذف يوم السبت بالعريية ، والآخر أنه قذف يوم الأحد بالمجمية ، لم يثبت بشهادتهما شيء . ولو شهد أحدهما على إقراره أنه يوم السبت قذفه ، أو قذفه بالعريية ، والآخر على إقراره أنه يوم الأحد قذفه بالمجمية ، لم يلفق أيضاً ، لأن المقر به شيان مختلفان . ولو شهد عدل بألف من ثمن مبيع ، وآخر بألف من قرض ، أو شهد أحدهما بألف اقترضه يوم السبت ، وآخر بألف اقترضه يوم الأحد ، لم يثبت بشهادتهما شيء ، لكن للشهود له (١) أن يبين أحدهما ويستأنف الدعوى به ، ويحلف مع الذي يشهد به ، وله أن يدعيها ، ويحلف مع كل واحد من الشاهدين . ولو كانت الشهادة على الإقرار ، فشهد أحدهما أنه أقر بألف من ثمن مبيع ، وشهد الآخر أنه أقر بألف من قرض ، لم يثبت الألف أيضاً على الصحيح . ولو ادعى ألفاً ، فشهد أحدهما أنه ضمن الألف ، والآخر أنه ضمن خمسمائة ، ففي ثبوت خمسمائة قولان ، وهذا قريب من التخريج في الانشاءات ، أو هو هو . ولو شهد أحد شاهدي المدعى عليه أن المدعي استوفى الدين ، والآخر أنه أبرأه ، لم يلفق على المذهب . ولو شهد الثاني أنه برىء إليه منه ، قال أبو عاصم العبادي : يلفق . وقيل : بخلافه .

فرع

ادعى ألفين ، وشهد له عدل بألفين ، وآخر بألف ، ثبت الألف ، وله أن يحلف مع الشاهد بألفين ، ويأخذ ألفين . وكذا الحكم ، لو كانت الشهادتان على الإقرار . ولو شهد أحدهما بثلاثين ، والآخر بعشرين ، ثبتت العشرون كالألف مع الألفين . وفي وجه ضعيف : لا تثبت ، لأن لفظ الثلاثين لا يشمل العشرين ،

(١) في الأصل : لكن الشهود ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية .

ولفظ الالفين ، يشمل الالف ، فربما سمع أحدهما الالف ، وغفل عن آخره . ولو ادعى ألفاً ، فشهد له عدل بألف ، وآخر بألفين ، فالثاني شهد بالزيادة قبل أن يُستشهد . وفي مصيره بذلك مجروحاً ، وجهان . إن لم يصر مجروحاً ، فشهادته بالزيادة مردودة . وفي الباقي ، قولاً تبعض الشهادة . وقطع بعضهم بثبوت الالف ، وخص الخلاف في التبعض بما إذا اشتملت الشهادة على ما يقتضي الرد ، كما إذا شهد لنفسه ولنفيه . فأما إذا زاد على المدعى به ، فقلوه (١) في الزيادة ليس شهادة ، بل هو كما لو أتى بالشهادة في غير مجلس الحكم . وإن قلنا : يصير مجروحاً ، قال البغوي : يحلف مع شاهد الالف ويأخذه . وقال الامام : إنه على هذا الوجه : إنما يصير مجروحاً في الزيادة ، فأما الالف المدعى به ، فلا حرج في الشهادة عليه ، لكن إذا ردت الشهادة في الزائد ، كانت الشهادة في المدعى به على قولي (٢) التبعض . فان لم نعضها ، فأعاد الشهادة بالالف ، قبلت ، لموافقها الدعوى ، ولا يحتاج إلى إعادة الدعوى على الاصح .

فصل

في مسائل منثورة

أحداها : أقر بجميع ما في يده وينسب إليه ، صح . فلو تنازعا في شيء ، هل كان في يده حينئذ ؟ فالقول قول المقر ، وعلى الآخر البيئته . ولو قال : ليس لي مما في يدي إلا ألف ، صح وغمل بمقتضاه . ولو قال : لا حق لي في شيء مما في يد فلان ، ثم ادعى شيئاً وقال : لم أعلم كونه في يده يوم الاقرار ، صدق بيمينه .

(١) في الاصل : فقلوه ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

(٢) في الاصل : على قول ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

الثانية : قال : لفلان عليّ درهم أو دينار ، لزمه أحدهما ، وطولب بمعيّنه . وقيل : لا يلزمه شيء ، وهو ضعيف جداً .

الثالثة : قال : له عليّ ألف ، أو على زيد أو على عمرو ، لم يلزمه شيء . وكذا لو قال على سبيل الاقرار : أنت طالق ، أو لا ، وإن ذكره في معرض الانشاء ، طلقت ، كما لو قال : أنت طالق طلاقاً لا يقع عليك .

الرابعة : قال : لزيد عليّ ألف درهم ، وإلا فلعمرؤ عليّ ألف دينار، لزمه ألف درهم لزيد ، وكلامه الآخر للتأكيد .

الخامسة : الاقرار المطلق ، ملزم، ويؤاخذ به المقرّ على الصحيح المعروف . وخرج وجه : أنه لا يلزم حتى يسأل المقر عن سبب اللزوم ، لأن الاصل براءة الذمة ، والاقرار ليس موجباً في نفسه ، وأسباب الوجوب مختلف فيها . وربما ظن ما ليس بموجب موجباً ، وهذا كما أن الجرح المطلق لا يقبل ، وكما لو أقر بأن فلاناً، وارثه ، لا يقبل حتى يبين جهة الارث .

السادسة : قال : وهبت لك كذا وخرجتُ منه إليك ، فالاصح ، أن لا يكون مقراً بالاقباض ، لجواز أن يريد الخروج منه بالهبة . وقال القفال والشاشي : هو إقرار بالاقباض ، لأنه نسب إلى نفسه ما يشعر بالاقباض بعد العقد المفروغ منه . السابعة : أقر الأب بعين مال لابنه ، فيمكن أن يكون مستند إقراره ما يمنع الرجوع ، ويمكن أن يكون مستنده ما لا يمنع وهو الهبة ، فهل له الرجوع ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، وبه أفنى القاضيان : أبو الطيب ، والملاوردي ، تنزيلاً [للاقرار] على أضعف الملّكين ، وأدنى السببين ، كما ينزل على أقلّ المقدارين . والثاني : لا ، قاله أبو عاصم المبادي ، لأن الأصل بقاء الملك للمقر له . ويمكن أن يتوسط فيقال : إن أقر بانتقال الملك منه إلى الابن ، فالأمر على ما قال القاضيان ، وإن أقر بالملك المطلق ، فالأمر كما قال المبادي .

الثامنة : أقر في صك بأنه لا دعوى له على زيد ، ولا طلبية بوجه من الوجوه ، ولا بسبب من الاسباب ، ثم قال : إنما أردت به : في عمامته وقيصره ، لا في داره وبستانه . قال القاضي أبو سعد بن أبي يوسف : هذا موضع تردد ، والقياس قبوله ، لأن غايته تخصيص عموم ، وهو محتمل .

قلت : هذا ضعيف وفاسد . والصواب : أنه لا يقبل في ظاهر الحكم ، لكن المختار أن له تحليف المقر له ، أنه لا يعلم أنه قصد ذلك ، وأمل هذا مراد القاضي .

والله أعلم

فصل

المقر به المجهول ، قد يعرف بغير تفسير المقر ، بأن يحمله على معرف ، وهو ضربان .

أحدهما : أن يقول : له عليّ من الدراهم (١) بوزن هذه الصنعة ، أو بمدد المكتوب في كتاب كذا ، أو بقدر ما باع به زيد عبده ، وما أشبه ذلك ، فيرجع إلى ما أحال عليه .

الضرب الثاني : أن يذكر ما يمكن استخراجه بالحساب ، فمن أمثلته : لزيد عليّ ألف إلا نصف مالا بينه عليّ ، ولابنيه عليّ ألف إلا ثلث ما لزيد عليّ . ولمقرته طرق .

أحدها : أن تجعل لزيد شيئاً ، وتقول : للابنين ألف إلا ثلث شيء ، فيأخذ نصفه وهو خمسمائة إلا سدس شيء ، وتسقطه من الألف ، يبقى خمسمائة ، وسدس

(١) في نسخة الظاهرية : له علي ألف من الدراهم .

شيء ، وذلك يعدل الشيء الفروض لزيد ، لأنه جعل له ألفاً إلا نصف مالا بنيته ، فيسقط سدس شيء بسدس شيء ، تبقى خمسة أسداس شيء في مقابلة خمسمائة ، فيكون الشيء الثام ستمائة ، وهي ما لزيد . فإذا أخذت ثلثها وهو مائتان ، وأسقطته من الألف ، بقي ثمانمائة ، وهي ما أقر به لابنين .

الثاني : أن تجعل لزيد ثلاثة أشياء لاستثناء الثالث منه ، وتسقط ثلثها من الألف المضاف إلى الابنين ، فيكون لها ألف ينقص شيئاً ، ثم يأخذ نصفه وهو خمسمائة تنقص نصف شيء ، وتزيده على ما فرضناه لزيد ، وهو ثلاثة أشياء ، يكون خمسمائة وشيئين ونصف شيء ، وذلك يعدل ألف درهم ، يسقط خمسمائة بخمسمائة ، تبقى خمسمائة في مقابلة شيئين ونصف شيء ، فيكون الشيء مائتين ، وقد كان لزيد ثلاثة أشياء ، فهو إذاً ستمائة .

الثالث : أن تقول : أستتي من أحد الاقارين النصف ، ومن الآخر الثلث ، فتضرب مخرج أحدهما في مخرج الآخر فيكون ستة ، ثم تضرب في الجزء المستتي من الاقارين ، وكلأها واحد ، فتضرب واحداً في واحد ، يكون واحداً ، ينقصه من الستة ، تبقى خمسة تحفظها وتسميها : المقسوم عليه ، ثم تضرب ما تبقى من مخرج كل واحد من الجزئين بعد إسقاطه في مخرج الثاني ، وذلك بأن تضرب ما بقي من مخرج النصف بعد النصف ، وهو واحد ، في مخرج الثلث ، وهو ثلاثة ، تحصل ثلاثة ، تضربها في الألف المذكور في الاقرار ، يكون ثلاثة آلاف تقسمها على العدد المقسوم عليه ، وهو خمسة ، يخرج نصيب الواحد ستمائة ، فهي ما لزيد ، وتضرب ما تبقى من مخرج الثلث بعد الثلث وهو اثنان ، في مخرج النصف ، وهو اثنان ، يكون أربعة ، تضربها في الألف ، يكون أربعة آلاف تقسمها على خمسة ، تخرج ثمانمائة فهي ما لابنين . ولو قال : لزيد علي عشرة إلا ثلثي ما لعمر ، ولعمر عشرة إلا

ثلاثة أرباع ما لزيد ، تضرب المخرج في المخرج ، تكون اثني عشر ، ثم تضرب أحد الجزئين في الآخر ، وهو اثنان ، في ثلاثة ، تكون ستة ، تسقطها من اثني عشر ، تبقى ستة ، ثم تضرب الباقي من مخرج الثلث بعد إخراج الثلثين ، وهو واحد ، في أربعة ، ثم تضربها في العشرة المذكورة في الاقرار ، تكون أربعين تقسمها على الستة ، فتكون ستة وثلثين ، وذلك ما أقر به لزيد ، ثم تضرب واحداً وهو الباقي من مخرج الربع بعد إخراج الأرباع الثلاثة في ثلاثة ، تكون ثلاثة تضربها في العشرة يكون ثلثين تقسمها على الستة ، تكون خمسة ، وهو ما أقر به لعمرو . واعلم أن الطريقين الأولين ، ضربان مجربان في أمثال هذه الصور بأسرها ^(١) . وأما الطريق الثالث ، فانه لا يطرد فيها إذا اختلف المبلغ المذكور في الاقرارين . ولو قال : لزيد عشرة إلا نصف ما لعمرو ، ولعمرو ستة إلا ربع ما لزيد ، كان مقرأ لزيد بثمانية ، ولعمرو بأربعة . ولو قال : لزيد عشرة إلا نصف ما لعمرو ، ولعمرو عشرة إلا ربع ما لزيد ، كان مقرأ لزيد بخمسة وخمسة أسباع ، ولعمرو بثمانية وأربعة أسباع . ويتصور صدور كل إقرار من شخص ، بأن يدعي على زيد وعمرو مالا ، فيقول زيد : لك علي عشرة إلا نصف مالك على عمرو ، ويقول عمرو : لك علي عشرة إلا ثلث مالك على زيد ، وطريق الحساب لا يختلف .

الباب الثالث

في تعقيب الاقرار بما يغيره

هو استثناء وغيره . فالثاني ينقسم إلى ما يرفعه بالكلية ، وإلى غيره ، والأول ينقسم إلى مالا ينتظم لفظاً ، فيلغو ، وإلى ما ينتظم ، فإن كان مفصلاً ، لم يقبل ، وإن كان موصولاً ، ففيه خلاف . والثاني : إن كان مفصلاً ، لا يقبل أيضاً ، وإن كان موصولاً ، ففيه خلاف بالترتيب ، هذا حاصل الباب . وإذا مرت بك مسائله عرفت من أي قبيل هي . وأما الاستثناء ، فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى ، وفيه مسائل .

(١) في « شرح الوجيز » أن الطريقين الأولين مجربان في أمثال هذه الصور بأسرها .

إحداها : قال : لفلان عليّ ألف من ثمن خمر أو كلب أو خنزير ، فإن وقع قوله : من ثمن خمر ، مفصّلاً عن قوله : له ألف ، لم يقبل ، ولزمه الألف . وإن كان موصولاً ، فقولان . أحدهما : يقبل ولا يلزمه شيء ، لأن الكل كلام واحد ، فيمتبر جملة ولا يبيّض ، فعلى هذا للمقر له تحليفه إن كان من ثمن خمر . وأظهرهما عند المرافقين وغيرهم : لا يقبل ، ويلزمه الألف ، ويبيّض إقراره ، فيمتبر أوله ويلغى آخره ، لأنه وصل به ما يرفعه ، فأشبهه قوله : ألف لا يلزمي . فعلى هذا لو قال المقر : كان من ثمن خمر ، وظننته يلزمي ، فله تحليف المقر له على نفيه . ويجري القولان فيما إذا وصل بإقراره ما ينتظم لفظه في المادة ، ولكنه يبطل حكمه شرعاً ، بأن أضاف المقر به إلى بيع فاسد ، كالبيع بثمان مجهول ، وخيار مجهول . أو قال : تكملت بيد فلان بشرط الخيار ، أو ضمننت لفلان كذا بشرط الخيار ، وما أشبه ذلك ، قال الامام : وكنت أودّ لو فصل فاصل بين أن يكون المقر جاهلاً بأن ثمن الخمر لا يلزم ، وبين أن يكون عالماً ، فيعذر الجاهل دون العالم ، لكن لم يصّر إليه أحد من الأصحاب . أما إذا قدم الخمر فقال : له من ثمن خمر عليّ الألف ، لا يلزمه شيء قطعاً بكل حال .

الثانية : قال : عليّ ألف من ثمن عبد لم أقبضه ، إذا سلمه سلمت الألف ، فطريقان . أحدهما : طرد القولين . ففي قول : يقبل ولا يطالب بالألف إلا بعد تسليم العبد . وفي قول : يؤاخذ بأول الإقرار . والطريق الثاني وهو الأصح : انقطع بالقبول ، لأن المذكور آخرها هنا لا يرفع الأول ، بخلاف ثمن الخمر . وعلى هذا ، لو قال : عليّ ألف من ثمن عبد فقط ، ثم قال : مفصّلاً عنه لم أقبض ذلك العبد ، قبل أيضاً ، لأنه علق الإقرار بالعبد ، والاصل عدم قبضه . ولو اقتصر على قوله : لفلان عليّ ألف ، ثم قال مفصّلاً : هو ثمن عبد لم أقبضه ، لم يقبل . ولا فرق عندنا ، بين أن يقول : عليّ ألف من ثمن هذا العبد ، أو من ثمن عبد .

الثالثة : قال : عليّ ألف قضيته ، ففي قبوله القولان . وقيل : لا يقبل قطعاً .
ولو قال : كان لفلان عليّ ألف قضيته ، فُقيل عند الجمهور . وقيل : على الطريقين .
الرابعة : قال : عليّ ألف لا يلزمني ، أو عليّ ألف أو ، لا ، لزمه الألف ،
لأنه غير منتظم .

قلت : هكذا رأيت في نسخ [من] كتاب الامام الرافعي «عليّ الألف، أو، لا»، وهو غلط.
وقد صرح به صاحب «التهذيب» و «البيان» : بأنه لا يلزمه في هذه الصورة
شيء ، كما لو قال : أنت طالق ، أو ، لا ، فإنه لم يجزم بالاتزام ، وما يبعد أن يكون
الذي في كتاب الرافعي تصحيحاً من النسخ ، أو تغييراً مما في «التهذيب» ، فقد
قال في «التهذيب» : لو قال : عليّ ألف ، لا ، فهو إقرار ، وهذا صحيح ، وقرنه
في «التهذيب» بقوله : بألف لا يلزمني ، وهو نظيره . وممّظم نقل الرافعي من
«التهذيب» و «النهاية» ، وكيف كان ، فالصواب الذي يقطع به : أنه إذا قال :
ألف أو ، لا ، فلا شيء عليه . والله أعلم

الخامسة : قال : له عليّ [ألف] إن شاء الله ، لم يلزمه شيء على المذهب ، وبه قطع
الجمهور . وقيل : على القولين . ولو قال : عليّ ألف إن شئت ، أو إن شاء فلان ،
فلا شيء عليه على المذهب . قال الامام : والوجه : طرد القولين . ولو قال :
عليّ ألف إذا جاء رأس الشهر ، أو إذا قدّم زيد ، أطلق جماعة أنه لا شيء عليه ،
لأن الشرط لا أثر له في إيجاب المال ، والواقع لا يعلق بشرط . وذكر الامام
وغيره : أنه على القولين . وكيف كان ، فالمذهب أنه لا شيء عليه . وهذا إذا
أطلق ، أو قال : قصدت التليق . فان قصد التأجيل ، فنسذكره إن شاء الله تعالى .
ولو قدّم التليق فقال : إن جاء رأس الشهر فعليّ ألف ، لم يلزمه قطعاً ، لأنه لم
توجد صيغة التزام جازمة . فان قال : أردت التأجيل برأس الشهر ، قبل . وفي «التتمة»

وجه : أن مطلقه محمول على التأجيل برأس الشهر ، وهو غريب ، وبه قطع فيها إذا قال :
عليّ ألف إذا جاء رأس الشهر .

للسادسة : قال : عليّ ألف مؤجل إلى وقت كذا ، فإن ذكر الأجل مفصلاً ،
لم يقبل . وإن وصله ، قبل على المذهب . وقيل : قولان . وإذا لم يقبل ، فالقول
قول المقر له يمينه في نفي الأجل . ثم موضع الخلاف ، أن يقر مطلقاً ، أو مستنداً
إلى سبب يقبل التعجيل والتأجيل . أما إذا أسند إلى مالا يقبل الأجل ، فقال :
أفرضيه مؤجلاً ، فيلغو ذكر الأجل قطعاً . وإن أسند إلى ما يلازمه الأجل ، كالدية
على العاقلة ، فإن ذكره في صدر إقراره بأن قال : قتل أخي زيداً خطأً ، ولزمني
من ديتي كذا مؤجلاً إلى سنةٍ انتهائها كذا ، قبل قطعاً . ولو قال : عليّ كذا
من جهة تحمّل العقل مؤجلاً إلى كذا ، فقولان . وقيل : يقبل قطعاً .

فرع

قال : بعتك أمس كذا ، فلم تقبل ، فقال : بل قبلت ، فعلى قولي تبعض
الإقرار ، إن بضئناه ، صدق يمينه في قوله : قبلت . وكذا لو قال لعبد : أعتقتك على
ألف ، فلم تقبل ، أو لامرأته : خالعتك على ألف ، فلم تقبلي ، فقالا : قبلنا .

فرع

إذا قال له : أريد أن أقر الآن بما ليس عليّ لفلان عليّ ألف . أو قال :
ما طلقت امرأتي وأريد أن أقر بطلاقها : قد طلقت امرأتي ثلاثاً ، قال الشيخ أبو عاصم :
لا يصح إقراره ، ولا شيء عليه . وقال صاحب « التتمة » : الصحيح ، أنه يلزمه ،
كقوله : عليّ ألف لا يلزمني .

السابعة : قال : لزيد عليّ ألف وزعم أنه وديعة ، فله حالان .

الأول : أن يذكره منفصلاً ، بأن أتى بألف بعد إقراره ، وقال : أردت هذا وهو وديعة عندي ، وقال المقر له : هو وديعة ولي عليك ألف (١) آخر ديناً ، وهو الذي أردته بقرارك ، فهل القول قول المقر له ، أو المقر ؟ فيه قولان . أظهرهما : الثاني وقيل به قطعاً ، لأن قوله : عليّ ، يحتمل أن يريد به : عندي ، ويحتمل : إني تعديت فيها فصارت مضمونة عليّ ، أو عليّ حفظها . ولو قال : عليّ ألف في ذمتي ، أو ديناً ، ثم جاء بألف وفسر كما ذكرنا ، لم يقبل على المذهب ، والقول قول المقر له يمينه ، لأن اليمين لا تثبت في الذمة . وقيل : في قبوله وجهان . ثم قال الامام : إذا قلنا التفسير بالوديعة ، قال الاصحاب : الألف مضمونة ، وليس بأمانة ، لأن قوله : عليّ ، تتضمن الالتزام . فإن ادعى تلف الألف الذي يزعم أنه وديعة ، لم يسقط عنه الضمان ، وإن ادعى رده ، لم يقبل ، لانه ضامن ، وإنما يصدق الامين . وهذا الذي قاله الامام ، مشكل دليلاً ونقلًا . أما الدليل ، فلأن لفظة « عليّ » ، كما يجوز أن يراد بها مصيرها مضمونة لتعديتي ، فيجوز أن يريد : وجوب حفظها ، ويجوز أن يريد : عندي ، كما سبق ، وهذان لا ينافيان الامانة . وأما النقل ، فمقتضى كلام غيره ، أنه إذا ادعى تلفه بعد الاقرار ، صدق ، وقد صرح به صاحب « الشامل » في موضعين من الباب .

الحال الثاني : أن يذكره متصلاً ، فيقول : لفلان عليّ ألف وديعة ، فيقبل على المذهب . وقال أبو إسحاق : على قولين ، كقوله : ألف قضيته . وإذا قلنا فأتى بألف ، وقال : هو هذا ، قنع به ، فإن لم يأت بشيء ، وادعى التلف أو الرد ، قبل على الأصح . وأما إذا قال : له معي أو عندي ألف ، فهو مشعر بالأمانة ، فيصدق

(١) في الأصل : ولك علي ألف ، وما أثبتناه من نسخة الظاهرية ، و « شرح الرجز » .

في قوله : إنه كان ودیة ، وفي دعوى التلف والرد . ولو قال : له عندي ألف درهم مضاربة ديناً أو ودیة ديناً ، فهو مضمون عليه ، ولا يقبل قوله في دعوى الرد والتلف ، نص عليه . ووجهه بأن كونه ديناً عبارة عن كونه مضموناً . فإن قال : أردت أنه دفعه إليّ مضاربة أو ودیة بشرط الضمان ، لم يقبل قوله ، لأن شرط الأمانة لا يوجب الضمان ، هذا إذا فسر منفصلاً . فإن فسر متصلاً ، ففيه قولاً بتمیض الاقرار . ولو قال : له عندي ألف عاریئة ، فهو مضمون عليه ، صححنا إعاره الدراهم أو أفسدناها ، لأن الفاسد كالصحيح في الضمان . ولو قال : دفع إليّ ألفاً ، ثم فسر بودیة ، وادعی تلفها في يده ، صدق يمينه . وكذا لو قال : أخذت منه ألفاً . وقال القفال في «أخذت» : لو ادعی المأخوذ منه أنه غصبه ، صدق يمينه في النصب . والصحيح : أنه كقوله : دفع إليّ .

الثامنة : قال : هذه الدار لك عاریئة ، فهو إقرار بالاعارة ، وله الرجوع . وقال صاحب «التقريب» : قوله : « لك » إقرار بالملك ، فذكر العاریئة بعده ینافیة ، فيكون على قولي بتمیض الاقرار . والمذهب الاول . ولو قال : هذه الدار لك هبة عارية باضافة الهبة إلى العاریئة ، أو هبة سكتی ، فهو كما لو قال : لك عاریئة ، بلا فرق .

التاسعة : الاقرار بالهبة لا يتضمن الاقرار بقبضها على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وفي « الشامل » : فيه خلاف إذا كانت العين في يد الموهوب له ، وقال : أقبضتي . ولو قال : وهبته وخرجت إليه منه ، فقد سبق أن الاصح أنه ليس بأقرار بالقبض ، وكذا لو قال : وهبت له وملكها ، قاله البغوي . ولو أقر بالقبض ، ثم ذكر لاقراره تأویلاً أو لم يذكر ، فهو كما ذكرنا في الرهن إذا قال : رهنت وأقبضت ثم عاد فأنكر .

العاشرة : لو أقر ببيع أو هبة وقبض ، ثم قال : كان ذلك فاسداً ، أو أقررت لظني الصحة ، لم يصدق ، لكن له تحليف المقر له ، فإن نكل ، حلف المقر وحكم ببطالان البيع والهبة . ولو أقر باتلاف مال [على إنسان] ^(١) وأشهد عليه ، ثم قال : كنت عازماً على الاتلاف فقدمت الاشهاد على الاتلاف ، لم يلتفت إليه ، بخلاف ما لو أشهد عليه بدين ثم قال : كنت عازماً على أن استقرض منه ، فقدمت الشهادة على الاستقراض ، قبل للتحليف ، لأن هذا معتاد ، بخلاف ذلك .

الحادية عشرة : أقر بجمعي بالمرية وقال : لم أفهم معناه ، لكن لقننت ، صدق بيمينه إن كان ممن يجوز أن لا يعرفه . وكذا الحكم في جميع العقود والحلول . ولو ادعى أنه أقر وهو صبي أو مجنون ، أو مكره ، فقد سبق بيانه مع ما يتعلق به في آخر الباب الاول .

الثانية عشرة : قال : غصبت هذه الدار من زيد ، بل من عمرو ، أو قال : غصبتها من زيد ، وغصبتها زيد من عمرو ، أو قل : هذه الدار لزيد ، بل لعمرو ، سلمت الدار إلى زيد . وفي غرمه لعمرو ، قولان . أظهرهما عند الاكثرين : يفرم . وفي الصورة الثالثة طريقة جازمة بأن لا غرم ، لانه لم يقر بجناية في ملك الغير ، بخلاف الاوليين . ثم قيل : القولان فيما إذا انتزعها الحاكم من يده وسلمها إلى زيد . فأما إذا سلمها بنفسه ، فيفرم قطعاً . وقيل : القولان في الحالين .

قلت : الاصح طردهما في الحالين ، قاله أصحابنا . ويجري الخلاف سواء وإلى بين الاقرار لهما ، أم فصل بفصل قصير أو طويل . والله أعلم

(١) في هامش نسخة الظاهرية ما نصه : في الاصل هنا بياض يسير ، ثم كتب بمقابله على الحاشية ما نصه : يحقق من التهمة أو غيره . انتهى ا. هـ .

فرع

باع عيناً وأقبضها واستوفى الثمن ، ثم قال : كنت بمتها لفلان ، أو غصبتها منه ، لم يقبل قوله على المشتري . وفي غرمة المقر إليه طريقان . أحدهما : طرد القولين . وأصحها : القطع بالفرم ، لأنه فوت بتصرفه وتسليمه . ويبنى على هذا الخلاف ، أن مدعي العين المبيعة ، هل له دعوى القيمة على البائع مع بقاء العين في يد المشتري ؟ إن قلنا : لو أقر ، غرم القيمة ، فله دعواها ، وإلا ، فلا . ولو كان في يد إنسان عين ، فانتزعها مدع يمينه بعد نكول صاحب اليد ، ثم جاء آخر يدعيها ، هل له طلب القيمة من الاول ؟ إن قلنا : النكول ورد اليمين كالبينة ، فلا ، كما لو انتزع بالبينة . وإن قلنا : كالأقرار ، ففي سماع دعوى الثاني عليه بالقيمة ، الخلاف .

فرع

قال : غصبت هذه الدار من زيد ، وميلكها لعمرو ، سلمت إلى زيد ، لأنه اعترف له باليد . والظاهر : أنه محق فيها ، ثم تكون الخصومة في الدار بين زيد وعمرو ، ولا تقبل شهادة المقر لعمرو ، لأنه غاصب . وفي غرامة المقر لعمرو ، طريقان . أحدهما : طرد القولين . وأصحها : القطع بأن لا غرم ، لأنه لا منافاة هنا بين الاقرارين ، لجواز أن يكون الملك لعمرو ، ويكون في يد زيد باجارة ، أو رهن ، أو وصية بالمنافع ، فيكون الآخذ غاصباً منه . وفي المسألة الاولى ، الاقراران متنافيان . ولو آخر ذكر النصب فقال : هذه الدار ملكها عمرو ، وغصبتها من زيد ، فوجهان . أصحها : كالصورة الاولى ، لعدم التنافي ، فتسلّم إلى زيد ، ولا يفرم لعمرو . والثاني : لا يقبل إقراره باليد بعد الملك ، فتسلّم إلى عمرو . وفي غرمة لزيد القولان ، هكذا أطلقوه

وفيه مباحثة ، لأننا إذا غرمننا المقر في الصورة السابقة للثاني ، فأنما نغرمه القيمة ، لأنه أقر له بالملك ، وهنا جعلناه مقراً باليد دون الملك ، فلا وجه لتغريمه ، بل القياس أن يسأل عن يده : أكانت باجارة أو رهن أو غيرها ؟ فان كانت باجارة ، غرم قيمة المنفعة ، وإن كانت رهناً ، غرم قيمة الموهون ليتوثق به زيد ، وكأنه أنلف الموهون . ثم إن استوفى الدين من موضع آخر ، ردت القيمة عليه .

فرع

قال : غصبت هذه العين من أحديكما ، طوب باليمين ، فاذا عين أحدهما ، سلمت إليه . وهل للثاني تحليفه ؟ ينشأ على أنه لو أقر للثاني هل يغرم [له] ؟ إن قلنا : لا ، فلا ، وإلا ، فنعلم ، لأنه ربما يقر له إذا عرضت اليمين فيغرمه ، فعلى هذا ، إذا نكل ردت اليمين على الثاني ، فاذا حلف ، فليس له إلا القيمة . وقيل : إن قلنا : النكول ورد اليمين كالأقرار ، فالجواب كذلك . وإن قلنا : كالبينة ، نزلت الدار من الأول وسلمت إلى الثاني ، ولا غرم عليه للأول . وعلى هذا ، فله التحليف وإن قلنا : لا يغرم القيمة لو أقر للثاني طمعاً في أن ينكل ، فيخطف المدعي . وبأخذ العين . أما إذا قال المقر : لا أدري من أيكما غصبت ، وأصر عليه ، فإن صدقاه ، فالعين موقوفة بينهما حتى تبين المالك ^(١) أو يصطلحا . وكذا إن كذبا وحلف لهما على نفي العلم ، هذا هو المذهب .

قلت : ولو أقر أن الدار التي في تركة مورثه لزيد ، بل لعمرو ، سلمت إلى زيد ، وفي غرمه لعمرو طريقان في « الشامل » و « البيان » وغيرهما . أحدهما :

(١) في الأصل : تبين الملك ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

القولان . والثاني : القطع بأن لا غرم . والفرق ، أنه هنا معذور لعدم كمال اطلاع^١ .
والله أعلم

فصل في الاستثناء

وهو جائز في الاقرار والطلاق وغيرهما ، بشرط أن يكون متصلاً ، وأن لا يكون مستغرقاً . فان سكت بمد الاقرار ، أو تكلم بكلام أجنبي عما هو فيه ، ثم استثنى ، لم ينفعه .
قلت : هكذا قال أصحابنا ، إن تخلل الكلام الأجنبي ، يبطل الاستثناء . وقال صاحب « المدة » و « البيان » : إذا قال : عليّ ألف - أستغفر الله - الأمانة ، صح الاستثناء عندنا ، خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه . ودليلنا ، أنه فصل يسير ، فصار كقوله : عليّ ألف - يا فلان - الأمانة ، وهذا الذي نقله ، فيه نظر^(١) . والله أعلم

ولو استغرق فقال : عليّ عشرة إلا عشرة ، لم يصح ، وعليه عشرة ، ويجوز استثناء الأكثر ، فإذا قال : عليّ عشرة إلا تسعة ، أو سوى تسعة ، لزمه درهم .

فرع

الاستثناء من الإثبات نفى ، ومن النفي إثبات . فلو قال : عليّ عشرة إلا تسعة ، إلا ثمانية ، لزمه تسعة . ولو قال : عليّ عشرة ، إلا تسعة ، إلا ثمانية ، إلا سبعة ،

(١) في هامش نسخة الظاهرية ما يلي : هذه الزيادة ليست في نسختين منقولتين من خط المؤلف ، وإحداهما قديمة مؤرخ فراغ ربع البيوع منها بأوائل جمادى الآخرة سنة سبع وثمانين وستائة ، وليست في أصل المؤلف ، بل على حاشيته بخط غيره مصحح عليها . ٥١ .

إلا ستة ، إلا خمسة ، إلا أربعة ، إلا ثلاثة ، إلا درهين ، إلا درهم ، لزمه خمسة .
وطريق هذا وما أشبهه ، أن يجمع الانيات ويجمع النفي ، ويسقط النفي من الانيات ،
فما بقي فهو الواجب . فالأعداد المثبتة هنا ثلاثون ، والمنفية خمسة وعشرون . ثم
معرفة المثبت ، أن العدد المذكور أولاً ، إن كان شفعاً ، فلاشفاع مثبته ، والاولاء
منفية . وإن كان وترأ ، فبالعكس ، وشرطه أن تكون الأعداد المذكورة على
التوالي المتداد ، إذ يتلو كل شفع وترأ ، وبالعكس .

فرع

قال : ليس لفلان علي شيء إلا خمسة ، لزمه خمسة . ولو قال : ليس علي عشرة
إلا خمسة ، لم يلزمه شيء على الصحيح الذي قاله الأكثرون ، لأن العشرة إلا
خمسة ، خمسة ، فكأنه قال : ليس علي خمسة . وفي وجه : يلزمه خمسة ، حكاة في
النهاية ، بناءً على أن الاستثناء من النفي إثبات .

فرع

إذا أتى باستثناء بعد استثناء ، والثاني مستغرق ، صح الأول ، وبطل الثاني .
مثاله : علي عشرة ، إلا خمسة ، إلا عشرة ، أو [عشرة] إلا خمسة ، إلا خمسة ،
لزمه خمسة . وإن كان الأول مستغرقاً دون الثاني ، كقوله : عشرة ، إلا عشرة ، إلا أربعة ، فأوجه .
أحدها : يلزمه عشرة ويبطل الاستثناء الأول ، لاستغراقه ، ويبطل الثاني ، لأنه من
باطل ، والثاني : يلزمه أربعة ويصح الاستثناءان ، لأن الكلام إنما يتم بآخره .
قال في « الشامل » : وهذا أقيس . والثالث : يلزمه ستة ، لأن الاستثناء الأول باطل ،
والثاني يرجع إلى أول الكلام . ولو قال : عشرة ، إلا عشرة ، إلا خمسة ، لزمه على

الوجه الأول عشرة، وعلى الآخرَين خمسة. هذا إذا لم يكن في الاستثناءين عطف، فإن كان، بأن قال: عشرة إلا خمسة، وإلا ثلاثة، أو عشرة إلا خمسة وثلاثة، فهذا جميعاً مستثنيان من العشرة، فلا يلزمه إلا درهماً قطعاً، فإن كان المددان لو جمعا استغراقاً، بأن قال: عشرة إلا سبعة وثلاثة، فهل يلزمه عشرة لكون الواو تجميعها فيقضي الاستغراق؟ أم يختص الثاني بالبطلان فيلزمه ثلاثة لأن الأول صح استثناءه؟ وجهان. أصحهما: الثاني. وفي وجه ثالث: يفرق بين قوله: عشرة إلا سبعة وثلاثة، وبين قوله: عشرة إلا سبعة وإلا ثلاثة، ويقطع في الصورة الثانية بالبطلان. ومما [كان] في المستثنى أو المستثنى منه عددان معطوف أحدهما على الآخر، ففي الجمع بينهما وجهان، كما في الصورة السابقة. أصحها، وهو المنصوص في الطلاق، وبه قطع الأكثرون: لا يجمع.

مثاله: عليّ درهماً ودرم إلا درهماً، إن لم نجمع، لزمه ثلاثة، وإلا درهماً. ولو قال: ثلاثة إلا درهماً ودرهماً، فإن لم نجمع، لزمه درم، وصح استثناء الدرهماين. وإن جمعنا، فثلاثة ويصير مستغرقاً. ولو قال: ثلاثة إلا درهماً ودرهماين، فإن لم نجمع، لزمه درهماً وصح استثناء الدرهماين. وإن جمعنا، فثلاثة. ولو قال: درم ودرم ودرم إلا درهماً ودرهماً ودرهماً، لزمه ثلاثة على الوجهين. وحكم هذه الصورة في الطلاق، حكها في الاقرار.

فرع

قال: عليّ عشرة إلا خمسة، أو ستة، قال المتولي: يلزمه أربعة، لأن الدرهم الزائد مشكوك فيه، فصار كقوله: عليّ خمسة أو ستة، فإنه يلزمه خمسة. ويمكن أن يقال: يلزمه خمسة، لأنه أثبت عشرة، واستثنى خمسة، وشككنا في استثناء الدرهم السادس.

قلت : الصواب، قول المتولي، لان المختار أن الاستثناء بيان مالم يترد بأول الكلام،
لانه إبطال ما أثبت . والله أعلم

فرع

قال : علي " درهم غير دائق، فمقتضى النحو وبه قال أصحابنا: أنه إن نصب «غير»،
فعلية خمسة دوائق ، لأنه استثناء ، وإلا ، فعلية درهم تام ، إذ المعنى : درهم،
لا دائق . وقال الأكثرون : السابق إلى فهم أهل العرف منه الاستثناء ، فيحمل
عليه وإن أخطأ في الاعراب (١) .

فرع

الاستثناء من غير الجنس ، صحيح ، كقوله : ألف درهم إلا ثوباً أو عبداً ،
ثم عليه أن يبين ثوباً لا يستغرق قيمته الالف . فان استغرق ، فالتفسير لغو . وفي
الاستثناء وجهان . أصحها : يبطل ويلزمه الالف، لانه يبين ما أراد بالاستثناء،
فكانه يلفظ به وهو مستغرق . والثاني : لا يبطل، لأنه صحيح من حيث اللفظ.
وإنما انحلل في تفسيره ، فيقال : فيثـره بتفسير صحيح .

فرع

يصح استثناء المجرى من المجرى ، والمجرى من المفصل ، وبالعكس. فالأول ،

(١) في الأصل : الاعتراف ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

كقوله : ألف إلا شيئاً ، فيبين جنس الألف أولاً ، ثم يفسر الشيء بما لا يستغرق الألف الذي بينه . والثاني : كقوله : عشرة دراهم إلا شيئاً ، يفسر الشيء بما لا يستغرق العشرة . والثالث : كقوله : شيء إلا درهماً ، يفسر الشيء بما يزيد على درهم وإن قل . وكذا لو قال : ألف إلا درهماً ، ولا يلزمه أن يكون الألف دراهم . ومهما بطل التفسير في هذه الصور ، ففي بطلان الاستثناء الوجهان . وإن اتفق لفظ المستثنى والمستثنى منه ، كقوله : شيء إلا شيئاً ، أو : قال : مال إلا مالاً ، حكى الامام عن القاضي فيه وجهين . أحدهما : يبطل الاستثناء ، كقوله : عشرة إلا عشرة . والثاني : لا ، لوقوعه [على] القليل والكثير ، فلا يمتنع حمل الثاني على أقل ممتول ، ويحمد الأول على الزائد على أقل ممتول . قال الامام : وفي هذا التردد غفلة ، لأننا إن ألقينا الاستثناء ، اكتفينا بأقل ممتول . وإن صححناه ، ألزمناه أيضاً أقل ممتول ، فيتفق الوجهان . ويمكن أن يقال : حاصل الجواب ، لا يختلف ، لكن فيه فائدة ، لأننا إن أبطلناه ، طالبناه بتفسير الأول فقط . وإن صححناه ، طالبناه بتفسيرها ، وله آثار الامتناع من التفسير ، وكون التفسير الثاني غير صالح للاستثناء من الأول ، وما أشبه ذلك .

فرع

الاستثناء من الممين ، صحيح ، كقوله : هذه الدار لزيد إلا هذا البيت ، أو هذا القميص إلا كفه ، أو هذه الدراهم إلا هذه الدراهم ، أو هذا القطيع إلا هذه الشاة ، أو هذا الخاتم إلا هذا الفص ، ونظائره . وفي وجه شاذ : لا يصح ، لأن الاستثناء المعتاد إنما يكون من المطلق لا من الممين ، والأول هو الصحيح المنصوص ، وعليه التفريع . ولو قال : هؤلاء العبيد لفلان إلا واحداً ، صح ورجع

اليه في التمين . فان ماتوا إلا واحداً فقال : هو الذي أردت بالاستثناء ، قبل قوله بيمينه على الصحيح ، لأنه محتمل . وقيل : لا يقبل ، للتهمة ، وهو شاذ متفق على ضعفه . ولو قال : غصبتهم إلا واحداً ، فماتوا إلا واحداً . فقال : هو المستثنى ، قبل بلا خلاف . وكذا لو قتلوا في الصورة الأولى إلا واحداً ، لأن حقه ثبت في القيمة . ولو قال : هذه الدار لفلان ، وهذا البيت منها لي ، وهذا الخاتم له ، وقصه لي ، قبل ، لأنه إخراج بعض ما يتناوله اللفظ ، فكان كالأستثناء .

فصل

في مسائل تتعلق بالاقرار وإن كان بعضها أجنياً

أحداها : في يده جارية ، فقال رجل : بتمكها بكذا وسلمتها ، فأدّ الثمن . فقال : بل زوجتها بصدّق كذا وهو عليّ ، فله حالان .

أحدهما : أن يجري التنازع قبل أن يولدها صاحب اليد ، فيحلف كل واحد منهما على نفي ما يدّعي عليه ، فإن حلفا سقطت دعوى الثمن والنكاح ، ولا مهر سواء دخل بها صاحب اليد ، أم لا ، لأنه وإن أقر بالمهر لمن كان مالكا ، فهو منكر له ، وتعود الجارية إلى المالك . ثم أحد الوجهين ، أنها تعود إليه كمود المبيع إلى البائع ، لا فلاس المشتري بالثمن . والثاني : تعود بحجة أنها لصاحب اليد بزعمه ، وهو يستحق عليه الثمن ، وقد ظفر بغير جنس حقه . فعلى هذا ، يبيعها ويستوفي حقه من ثمنها . فان فضل شيء ، فهو لصاحب اليد ، ولا يحل له وطؤها . وعلى الأول : يحل وطؤها والتصرف ، ولا بدّ من التلفظ بالفسخ . وإن حلف أحدهما فقط ، نظر ، إن حلف مدعي الثمن على نفي التزويج ، ونكل صاحب اليد عن اليمين على نفي الشراء ، حلف المدعي اليمين الردودة على الشراء ، ووجب الثمن . وإن حلف صاحب اليد على نفي

الشراء ونكل الآخر عن اليمين على نفي التزويج ، خلف صاحب اليد اليمين المرودة على النكاح ، وحكم له بالنكاح ، وبأن رقبته للآخر . ثم لو ارتفع النكاح بطلاق أو غيره ، حلت للسيد في الظاهر . وكذا في الباطن إن كان كاذباً . وعن القاضي حسين : أنه إذا نكل أحدهما عن اليمين المروضة عليه ، اكتفى من الثاني بيمين واحدة يجمع فيها بين النفي والاثبات . والصحيح الأول .

الحال الثاني : أن يولدها صاحب اليد ، فالولد حر ، والجارية أم ولد له باعتراف المالك القديم ، وهو يدعي الثمن ، فيحلف صاحب اليد على نفيه . فإن حلف على نفي الشراء ، سقط عنه الثمن المدعي . وهل يرجع المالك عليه بشيء ؟ وجهان . أحدهما : يرجع بأقل الأمرين من الثمن والمهر ، لأنه يدعي الثمن ، وصاحب اليد مقرّ له بالمهر ، فالأقل منها متفق عليه ، والثاني : لا يرجع شيء ، لأن صاحب اليد أسقط الثمن عن نفسه بيمينه ، والمهر الذي يقرّ به لا يدعيه الآخر ، فلا يمكن من المطالبة . وهل لصاحب اليد تحليف المالك على نفي الزوجية بعدما حلف على نفي الشراء ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأنه لو ادعى ملكها وتزويجها بعد اعترافه بأنها أم ولد للآخر ، لم يقبل ، فكيف يحلف على ما لو أقرّ به لم يقبل ؟! والثاني : نعم ، طمعاً في أن ينكل فيحلف ويثبت له النكاح . ولو نكل صاحب اليد [عن اليمين] على نفي الشراء ، حلف المالك القديم اليمين المرودة . وعلى كل حال ، فالجارية مقررة في يد صاحب اليد ، فانها أم ولده أو زوجته ، وله وطؤها في الباطن . وفي الحل ظاهراً ، وجهان . أصحها : تحل . ووجه النع : أنه لا يدري ، أيطأ زوجته أم لم يوطئها ؟ وإذا اختلفت الجهة ، وجب الاحتياط للبضع ، ونفقتها على صاحب اليد إن جوزنا له الوطء ، وإلا ، فقولان . أحدهما : على المالك القديم ، لأنها كانت عليه . وأظهرهما : أنها في كسب الجارية . فإن لم يكن كسب ، ففي بيت المال . ولو ماتت الجارية قبل موت المستولد ، ماتت قنّة ، والمالك القديم أخذ القيمة

بما تركته من أكسابها ، وما فضل ، فموقوف لا بدعيه أحد . وإن مات بعد موت المستولد ، مات حرة ، وما لها لوارثها بالنسب . فإن لم يكن ، فهو موقوف ، لأن الولاء لا بدعيه واحد منها ، وليس للمالك القديم أخذ الثمن من تركتها ، لأن الثمن بزعمه على المستولد وهي قد عتقت بموته ، فلا يؤدي دينه مما جمعه بعد الحرية . هذا كله فيما إذا أصر على كلاميها . أما إذا رجع المالك القديم ، وصدق صاحب اليد ، فلا يقبل في رد حرية الولد وثبوت الاستيلاد ، وتكون أكسابها له ما دام المستولد حياً . فإذا مات ، عتقت وكانت أكسابها لها . ولو رجع المستولد ، وصدق المالك القديم ، لزمه الثمن وكان ولاؤها له .

المسألة الثانية : إقرار الورثة على الميت بالدين والعين مقبول . فلو أقر بعضهم بدين ، وأنكر بعضهم ، فقولان . القديم : أن على المقر قضاء جميع الدين من حصته من التركة إن وفى به ، وإلا ، فيصرف جميع حصته إليه ، لأنه إنما يستحق بعد قضاء الدين . والجديد : أنه لا يلزمه إلا بقسط حصته من التركة . فعلى الجديد : لو مات النكر وورثه المقر ، فهل يلزمه الآن جميع الدين المقر به ؟ وجهان . أصحها : نعم ، لحصول جميع التركة في يده . ويتفرع على القولين فرعان . أحدهما : لو شهد بعض الورثة بدين على المورث . إن قلنا : لا يلزمه بالاقرار إلا حصته ، قبلت شهادته ، وإلا ، فلا ، لأنه متهم . وسواء كانت الشهادة بعد الاقرار أو قبله . الثاني : كيس في يد رجلين فيه ألف . قال أحدهما لثالث : لك نصف ما في هذا الكيس ، فهل يحمل إقراره على النصف المضاف إليه ، أم على نصف ما في يده ، وهو الربع ؟ وجهان بناءً على القولين .

قلت : أقبحها : الأول . والله أعلم

المسألة الثالثة : مات عن ابنين ، فأقر أحدهما بأن أباه أوصى لزيد بعشرة ، فهو كما [لو] أقر عليه بدين ، فعلى القديم : تتعلق كل العشرة بثلاث نصيبه . وعلى الجديد : يتعلق نصف العشرة بثلاث نصيبه . ولو أقر أحدهما أنه أوصى بربع ماله ، وأنكر الآخر ، فعلى المقر أن يدفع إلى الموصى له ربع ما في يده . ولو أقر أنه أوصى بعين من أعيان أمواله ، نظر ، إن لم يقسمها التركة ، فنصيب المقر من تلك العين يصرف إلى الموصى له ، والباقي ، للنكر . وإن اقتسماها ، نظر ، إن كانت تلك العين في يد المقر ، لزمه دفعها إلى الموصى له ، وإن كانت في يد النكر ، فالموصى له أخذ نصف القيمة من المقر ، لأنه فوته عليه بالقسمة . ولو شهد المقر للموصى له ، قبلت شهادته ، ويغرم للمشهود عليه نصف قيمة العين ، كما لو خرج بعض أعيان التركة مستحقاً .

الرابعة : قال لعبد : أعتقتك على ألف ، فطالبه بالألف ، فأنكر العبد وحلف ، سقطت دعوى المال ، وحكم بعتق العبد ، لأقراره ، وكذا لو قال : بعتك نفسك إذا صححنا هذا التصرف ، وهو الصحيح . ولو قال لولد عبده : بعتك والدك بكذا ، فأنكر ، فكذلك ، لاعترافه بمصيره حراً بالملك .

الخامسة : قال : لفلان عندي خاتم ، ثم جاء بخاتم ، فقال : هو هذا الذي أقررت به ، فنص في موضع أنه يقبل منه ذلك وعليه تسليمه إلى المقر له . وقال في موضع آخر : لا يلزم التسليم . قال الأصحاب : الأول محمول على ما إذا صدقه المقر له . والثاني : على ما إذا قال : الذي أقررت به غيره وليس هذا لي ، فلا يسلم ما جاء به إليه ، والقول قول المقر في نفي غيره .

السادسة : قال : لي عليك ألف ضمنتته ، فقال : ما ضمنت شيئاً ، ولكن لك علي ألف من قيمة متلف ، لزم الألف الاصح .

قلت : وما يتعلق بالباب ، ما ذكره القاضي أبو الطيب في آخر كتاب النصب :

ولو أقر بدار مبهمه ولم يعينها حتى مات ، قام وارثه مقامه في التمين . فان عينها فذاك ، وإن لم يعين ، طوب بالتمين ، فان امتنع ، كان المقر له أن يعين . فان عين وصدقه الوارث ، فذاك ، وإلا ، فله أن يحلف أنها ليست المقر بها ، فان حلف ، طوب بالتمين ، فان امتنع ، حبس حتى يعين . قال القاضي أيضاً في آخر النصب : لو باع داراً ثم ادعى أنها كانت لغيره باعها بغير إذنه ، وهي ملكه إلى الآن ، وكذبه المشتري ، وأراد أن يقيم بينة بذلك ، فان قال : بتك ملكي أو داري أو نحو ذلك ، مما يقتضي أنها ملكه ، لم تسمع دعواه ، وإلا ، سمعت . قال الشافعي : لو قال : غصبت داره ، ثم قال : أردت دارة الشمس والقمر ، لم يقبل على الصحيح . ولو باع شيئاً بشرط الخيار ، ثم ادعاه رجل ، فأقر البائع في مدة الخيار أنه ملك المدعي ، صح إقراره وانفسخ البيع ، لأن له الفسخ ، بخلاف ما لو أقر بعد لزوم البيع ، فانه لا يقبل ، لمجزه عن الفسخ . ولو أقر بثياب بدنه لزيد ، قال القاضي حسين في « الفتاوى » : يدخل فيه الطيلسان والدُّوَّاج وكل ما يلبسه . ولا يدخل فيه الخف ، والمراد بالدُّوَّاج : اللحاف . ومقتضى كلام القاضي هذا ، أنه يدخل فيه الفروة فانها مما يلبسه ، ولا شك في دخولها . وانما نهت عليه ، لئلا يُتشكك فيها . وكذلك الحكم لو أوصى بثياب بدنه . ولو كتب على قرطاس : لفلان عليّ كذا ، لم يكن إقراراً ، وكذا الاشهاد عليه لا يكون إلا بالتلفظ ، قاله القاضي حسين . والله أعلم

الباب الرابع في الاقوار بالنسب

يشترط في المقر بالنسب ، أن يكون بالصفات المعتبرة في سائر المقرين كما سبق .
ثم لا يخلو ، إما أن يلحق النسب بنفسه ، وإما بغيره .

القسم الأول : أن يلحقه بنفسه ، فيشترط فيه أمور .

الأول : أن لا يكذبه الحس ، فيكون ما يدعيه ممكناً . فلو كان في سن
لا يمكن أن يكون ولدًا للمستلحق ، فلا اعتبار باقراره . فلو قدمت امرأة من بلاد
الكفر ومعها صبي ، وادعاه مسلم ، لحقه إن احتمل أنه خرج إليها ، أو أنها قدمت
إليه قبل ذلك ، وإلا ، لم يلحقه .

الثاني : أن لا يكون المقر به مشهور النسب من غيره ، سواء صدقه المقر به
أم كذبه .

الثالث : أن يصدقه المقر به . إن كان معتبر التصديق . فان استلحق بالغا فلم
يصدقه ، لم يثبت النسب إلا ببينة ، فان لم تكن بينة ، حلف المدعي ، فان حلف
سقطت دعواه ، وإن نكل ، حلف المدعي وثبت نسبه . وكذا لو قال رجل لرجل :
أنت أبي ، فالقول قول المنكر بيمينه . أما إذا استلحق صغيراً ، فثبت نسبه حتى
يرث منه الصغير لو مات ، ويرث هو الصغير إن مات . وإن استلحق صغيراً ،
فلما بلغ كذبه ، فوجهان . أحدهما : يندفع النسب . وأصحها : لا يندفع ، لأن
النسب يمتطأ له فلا يندفع بعد ثبوته ^(١) كالثابت بالبينة . فعلى هذا لو أراد المقر له
تحليفه ، قال ابن الصباغ : ينبغي أن لا يمكن ، لأنه لو رجع ، لم يقبل ،
فلا معنى لتحليفه . ولو استلحق مجنوناً ، فأفاق وأنكر ، فعلى الوجهين .

(١) في الاصل : بعد موته ، وما أثبتناه من غطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

ولو استلحق صبيّاً بعد موته ، لحقه ، سواء كان له مال ، أم لا ، ولا ينظر إلى التهمة بطلب المال ، بل يرثه ، لأن أمر النسب مبني على التغليب ، ولهذا يثبت بمجرد الامكان ، حتى لو قتله ثم استلحقه بعد موته ، قبل منه وحكم بسقوط القصاص . وإن كان البيت بالنّاء ، فوجهان ، لأن شرط لحوق البالغ تصديقه ، ولا تصديق بعد الموت ، ولأن تأخيرهم ربما كان خوفاً من إنكاره . والأكثر وثوقاً على أنه يلحقه كالصغير . ومنعوا كون التصديق شرطاً على الإطلاق ، بل هو شرط إذا كان المقرّ به أهلاً للتصديق ، ولا اعتبار بالتهمة كما سبق . ويجري الوجهان فيما إذا استلحق مجنوناً طراً جنونه بعد ما بلغ عاقلاً .

فرع

إذا ازدحم جماعة على الاستلحاق ، نظر ، إن كان المقرّ به بالنّاء ، ثبت نسبه ممن صدّقه ، فإن كان صبيّاً ، لم يلحق بواحد منها ، بل حكمه ما ذكره في باب اللقيط إن شاء الله تعالى . فإذا عدم زحمة الغير ، شرّط رابع في الصغير . هذا كله إذا كان المقرّ به ذكراً حراً . فأما استلحاق المرأة والمبد ، فسيأتيان في باب اللقيط إن شاء الله تعالى .

فرع

إذا استلحق عبد الغير ، أو معتقه ، لم يلحق إن كان صغيراً ، محافظة على حق الولاء للسيد ، بل يحتاج إلى اليقظة . وإن كان بالنّاء وصدقه ، فوجهان . ولو استلحق عبداً في يده ، فإن لم يوجد الامكان ، بأن كان أكبر سنّاً منه ، لنا قوله . وإن وجد ، فإن كان مجهول النسب ، لحقه إن كان صغيراً ، وحكم بعتقه . وكذا

إن كان بالناً وصدقه . وإن كذبه ، لم يثبت [النسب] . وفي العتق ، وجهان . وكذا إن كان المقر به معروف النسب من غيره .

فرع

استلحق بالناً عاقلاً ، فوافقه ، ثم رجما ، قال ابن أبي هريرة : يسقط النسب ، كما لو أقر بمال ورجع وصدقه المقر له . وقال الشيخ أبو حامد : لا يسقط ، لأن النسب المحكوم بثبوتيه لا يرتفع بالاتفاق ، كالثابت بالفراش .

فصل

له جارية ذات ولد ، فقال : هذا ولدي من هذه الجارية ، ثبت نسبه عند الامكان . وفي كون الجارية أم ولد ، قولان . ويقال : وجهان . أظهرهما عند الشيخ أبي حامد وجماعة : نعم . وأشبهها بالقاعدة ، وأقربها إلى القياس : لا ، لاحتمال أنه أولدها بشكاح ثم ملكها . ولو قال : ولدي استولدتها به في ملكي ، أو علقت به في ملكي ، انقطع الاحتمال ، وكانت أم ولد قطعاً . وكذا لو قال : هذا ولدي منها ، وهي في ملكي من عشر سنين ، وكان الولد ابن سنة . وهذا كله إذا لم تكن الأمة مزوجة ، ولا فراشا له ، أما إذا كانت مزوجة ، فلا ينسب الولد إلى السيد . ولا أثر لاستلحاقه ، للحوقه بالزوج . وإن كانت فراشا له ، فإن أقر بوطئها ، لحقه الولد بالفراش ، لا بالاقرار ، فلا يعتبر فيه إلا الامكان . ولا فرق في الاستلحاق بالاستيلاد ، بين أن يكون في الصحة ، أو في المرض ، لأن إنشاء نافذ في الحالين .

فرع

له أمتان ، لكل واحدة ولد ، فقال : أحدهما ولدي ، فلأمتين أحوال .
أحدهما : أن لا تكون واحدة منها مزوجة ولا فراشا للسيد ، فيؤمر بالتعيين
كما لو أقر بطلاق إحدى المرأتين ، فإذا عين أحدهما ، ثبت نسبه وكان حراً وورثه .
وهل تصير أمه أم ولد ؟ ينظر ، إن لم يزد على استلحاقه ، فقولان كما قدمناه ، وإن
صرح بأنه استولدها به في ملك اليمين ، صارت أم ولد له ، وإن صرح بأنه
استولدها في النكاح ، لم تصر ، وإن أضافه إلى وطء شبهة ، فقولان . وإن قال : استولدها
بإزنا مفصولاً على الاستلحاق ، لم يقبل ، وكانت أمة الولد على القولين فيما إذا أطلق
الاستلحاق ، وإن وصله باللفظ ، قال البغوي : لا يثبت النسب ولا أمة الولد ،
وينبغي أن يخرج على قولي تبويض الاقرار . ولو ادعت الأمة الأخرى أن ولدها
هو الذي استلحقه ، وأنها المستولدة ، فالقول قول السيد مع يمينه . وكذا لو بلغ
الولد وادعى ، فإن نكل السيد ، حلف المدعي وقضي بمقتضى يمينه . ولو مات
السيد قبل التعيين ، قام وارثه مقامه في التعيين ، وحكم تعيينهم حكم تعيينه في النسب
والحرية ، والارث ، وتكون أم الميتين مستولدة إن ذكر السيد ما يقتضي ثبوت
الاستيلاد ، وإلا سئلوا ، وحكم بيانهم حكم بيان المورث . فان قالوا : لا نعلم
كيف استولد ، فملى الخلاف فيما إذا أطلق الاستلحاق . وإذا لم يكن وارث ، فهو
كما لو أطلق الاستلحاق . ويجوز ظهور الحال للقائف مع موت المستلحق ، بأن كان
رآه ، أو يرى قبل الدفن ، أو يرى عصبته فيجد الشبه . فان عجز عن الاستفادة
بالقائف لدمه ، أو لالحاقه الولدين به ، أو نفيها ، أو أشكل الأمر عليه ، أقرعنا
بينها ليعرف الحر منها ، ولا ينتظر بلوغها لينتسب ، بخلاف ما لو تنازع اثنان في
ولد ، ولا قائف ، لأن الاشتباه هنا في أن الولد أيهما ؟ فلو اعتبرنا الانتساب ، ربما

انتسبا جميعاً إليه، فدام الاشكال ، ولا يحكم لمن خرجت قرعته بالنسب والميراث ، لأن القرعة لاتعمل فيها . وهل يوقف نصيب ابن ، بين من خرجت قرعته ، وبين الآخر ؟ وجهان يأتي قريباً بيانهما . وأما الاستيلاد ، فهو على التفصيل السابق ، فإن لم يوجد من السيد ما يقتضيه ، لم يثبت ، وإن وجد ، فهل تحصل أمية الولد في أم ذلك الولد بخروج القرعة؟ وجهان . أصحابها عند الامام : لا تحصل . والثاني : تحصل ، وبه قطع الأكثرون .

فرع

حيث ثبت الاستيلاد ، فالولد حر الأصل ، لا ولاء عليه ، وحيث لا يثبت ، فعليه الولاء إلا إذا نسب إلى وطء شبهة وقلنا : لا تصير أم ولد إذا ملكها . وإذا لم يثبت الاستيلاد ومات السيد ، ورث الولد أمه وعتقت عليه . هذا إذا تعين ، لا بالقرعة . وإن كان معه وارث آخر ، عتق نصيبه ولم يشتر .

الحال الثاني : إذا كانت الأمتان مزوجتين ، لم يقبل قول السيد ، وولد كل أمة ملحق بزوجها . وإن كانتا فراشاً للسيد ، بأن كان أقر بوطئها ، لحقه الولدان بالفراش .

الحال الثالث : كانت إحداها مزوجة ، لم يتمين اقراره في الأخرى ، بل يطالب بالتمين . فإن عين في ولد الأخرى ، قبل وثبت نسبه ، وإن كانت احداها فراشاً له ، لم يتمين اقراره في ولدها ، بل يؤمر بالتمين ، فإن عين في ولد الأخرى ، لحقه بالاقرار ، والولد الآخر يلحق به بالفراش .

فرع

له أمة لها ثلاثة أولاد . قال : أحد هؤلاء ولدي ، ولم تكن موزوجة ولا فراشاً

السيد قبل ولادتهم ، طوب بالتمين ، فمن عينه منهم ، فهو نسيب حر وارث ،
والقول في الاستيلاء على التفصيل الذي مر . ثم إن كان المين الأوسط ، فالأكبر
رقيق ، وأمر الأصغر مبني على استيلاء الأمة ، فإن لم نجعلها مستولدة ، فهو رقيق .
وإن جعلناها ، نظر ، إن لم يدع الاستبراء بعد الأوسط ، فقد صارت فراشاً له
بالأوسط ، فيلحقه الأصغر ويرثه على الصحيح . وقيل : لا يلحقه ، بل له حكم
الأم ، يقتضي بموت السيد . وإن ادعى الاستبراء ، بني على أن نسب ملك اليمين ،
هل ينتفي به ؟ إن قلنا : ينتفي ، لم يلحقه الأصغر ، وفي حكمه وجهان . أصحابها :
أنه كالأم يقتضي بموت السيد ، لأنه ولد أم ولد . والثاني : يكون قساً ، لأن ولد
أم الولد قد تكون كذلك ، كما لو أحبل الراهن الموهنة وقلنا : لا تصير أم ولد ،
فبيعت في الحق وولدت أولاداً ثم ملكها وأولادها ، فانها تحكم بأنها أم ولد له
على الصحيح ، والأولاد أرقاء لا يأخذون حكمها على الصحيح . وقيل : يأخذون .
ولو مات السيد قبل التمين ، عين وارثه ، فإن لم يكن وارث ، أوقال : لا أعرف ،
عرضوا على القافة ليمين ، والحكم على التقديرين ، كما لو عين السيد . فإن تعذرت
معرفة القائف ، فالنص أنه يقرع بينهم ليعرف الحرية . وثبوت الاستيلاء ، على
التفصيل السابق . واعتراض المزي بأب الأصغر حر بكل حال عند موت السيد ،
لأنه المقر به ، أو ولد أم ولد . وولد أم الولد ، يقتضي بموت السيد ، إذا كان حراً
بكل حال ، لم يدخل في القرعة ، لأنها ربما خرجت على غيره فيلزم إرقاقه . واختلف
الأصحاب في الجواب ، فسلم بعضهم حرته وقالوا : دخوله في القرعة إنما هو لرق
غيره ، ويقتضي هو إن خرجت قرعته ، ومنمها آخرون ، بناءً على أن ولد أم الولد
يجوز أن يكون رقيقاً ، والأول : أصح . وحكي وجه : أن الصغير يخرج عن

القرعة ، وهو شاذ ضعيف . فاذا أقرعنا فخرجت القرعة لواحد ، فهو حر ، والمذهب : أن النسب والميراث لا يثبتان كما ذكرنا في المسألة الأولى . وقال المزني : الأصغر نسيب بكل حال ، وأبطل الأصحاب قوله ، لكن الحق الطابق لما سبق ، أن يفرق بين ما إذا كان السيد قد ادعى الاستبراء قبل ولادة الأصغر ، وبين ما إذا لم يدع . ويوافق المزني في الحالة الثانية . وإذا ثبت النسب ، ثبتت الحرية قطعاً . وحيث لا يثبت النسب ، فهل يوقف الميراث ؟ وجهان . أصحها عند الجمهور : لا ، لأنه إشكال وقع اليأس من زواله ، فأشبهه غرق التوارثين . والثاني : بلى كما لو طلق إحدى امرأته ومات قبل البيان .

القسم الثاني : أن يلحق النسب بغيره ، كقوله : هذا أخي ابن أبي وابن أمي ، أو يقر بمومة غيره ، فيكون ملحقاً للنسب بالجد ، ويثبت النسب بهذا الإلحاق بالشروط المتقدمة فيما إذا ألحق بنفسه ، وبشروط أخر .

إحداها : أن يكون الملحق به ميتاً ، فما دام حياً ، ليس لغيره الإلحاق به وإن كان مجنوناً .

الثانية : أن لا يكون الملحق به قد نفى انقر به ، فإن كان نفاه ثم استلحقه وارثه بعد موته ، فوجهان . أصحها ، وبه قطع معظم المرافقين : يلحقه كما لو استلحقه المورث بعدما نفاه بلمان وغيره . والثاني : المنع . والثالث : صدور الإقرار من الورثة الحائزين للتركة .

فرع

إقرار الأجنبي لا يثبت به النسب كما ذكرنا ، فلو مات مسلم عن ابن كافر ، أو قاتل ، أو رقيق ، لم يقبل إقراره عليه بالنسب ، كما لا يقبل إقراره عليه بالمال .

ولو كان له ابنان . كافر ومسلم ، لم تعتبر موافقة الكافر ، ولو كان الميت كافراً كفى استلحاق الكافر . ولا فرق في ثبوت النسب ، بين أن يكون المقرّ به مسلماً ، أو كافراً .

فرع

مات وخلف ابناً فأقرّ بآخر ، ثبت نسبه . ولو مات وخلف بنين ، أو بنين وبنات ، فلا بد من اتفاقهم جميعاً . وتعتبر موافقة الزوج والزوجة على الصحيح . وفي وجه : لا تعتبر ، لا تقطع الزوجة بالموت ، ويجري الوجهان في المعتق . ولو خلف بنتاً واحدة ، فإن كانت حائزة بأن كانت معتقة ، ثبت النسب باقرارها ، وإن لم تكن حائزة ووافقها الامام ، فوجهان يجريان فيما إذا مات مَنْ لا وارث له ، فألحق الامام به مجهولاً ، أصحها وبه قطع المراقبون : الثبوت بموافقة الامام . هذا إذا ذكره الامام لا على وجه الحكم ، أما إذا ذكره على وجه الحكم ، فإن قلنا : يقضي بعلم نفسه ، ثبت النسب ، وإلا ، فلا . ولا فرق بين أن تكون حيازة الملحق تركته الملحق به بغير واسطة ، أم بواسطة ، كمن أقر بمومة مجهول وهو حائز لتركته أبيه الحائز تركته جده الملحق به ، فإن كان قد مات أبوه قبل جده ، والوارث ابن الابن ، فلا واسطة .

فرع

وارثان ، بالغ وصغير ، فالصحيح أن البالغ لا ينفرد بالاقرار . وفي وجه : ينفرد ويحكم بثبوت النسب في الحال . وعلى الصحيح : ينتظر بلوغ الصغير . فإن بلغ ووافق البالغ ، ثبت النسب حينئذٍ . فإن مات قبل البلوغ ، نظر ، إن لم يخلف

سوى المقر ، ثبت النسب حينئذٍ . فان لم يجدد إقراراً - وإن خلف ورثة سوام - اعتبر موافقتهم ، ولو كان أحدهما مجنوناً ، فكالمسي . ولو خلف بالثني عاقلين فأقر أحدهما ، وأنكر الآخر ثم مات ولم يخلف إلا أخاه المقر ، فوجهان . أصحها : يثبت النسب ، لأن جميع الميراث صار له . والثاني : النفع ، لأن إقرار الفرع مسبوق بإنكار الأصل . ويجري الخلاف فيما إذا خلف النكر وارثاً فأقر ذلك الوارث (١) . ولو أقر أحدهما وسكت الآخر ثم مات الساكت وابنه مقر ، ثبت النسب قطعاً ، لأنه غير مسبوق بتكذيب الأصل .

فرع

أقر الابن المستغرق بأخ مجهول ، فأنكر المجهول نسب المعروف ، لم يتأثر بإنكاره نسب المشهور على الصحيح ، وفي وجه : يحتاج المقر إلى بينة على نسبه ، وهو ضعيف ، ويثبت نسب المجهول على الأصح . ولو أقر بأخ مجهول ثم أقر بأخ ، فأنكر الثالث نسب الثاني ، ففي سقوط نسب الثاني وجهان ، أصحها : السقوط ، لأنه يثبت نسب الثالث فاعتبرت موافقته في ثبوت نسب الثاني . ولو أقر بأخوين مجهولين ، فصدق كل واحد منهما الآخر ، ثبت نسبهما ، وإن كذب كل واحد منهما الآخر ، ثبت التسبان على الأصح ، لوجود الإقرار من حائز التركة . وإن صدق أحدهما الآخر ، وكذبه الآخر ، ثبت نسب المصدق فقط ، هذا إذا لم يكن المجهولان توأمين ، فان كانا ، خلا أثر لتكذيب أحدهما الآخر ، فاذا أقر الوارث بنسب أحدهما ، ثبت نسبهما .

(١) في الأصل : فرد ذلك الوارث ، وما أثبتناه من غلظة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

فرع

أقر بنسب من يحجب المقر ، بأن مات عن أخ فأقر بابن للميت ، ثبت نسبه على الأصح .

فرع

في الميراث

المقر به حالان .

الأولى : أن لا يحجب المقرين ، فيشتركون على قدر حصصهم . ولو أقر أحد الابنين المقرين بأخ ، فأنكره الأخ الآخر ، فالصحيح المنصوص : أنه لا يرث ، لأن الارث فرع النسب ، ولم يثبت كما سبق . وفي وجه : يرث ، ويشارك المقر فيما في يده ، كما لو قال أحدهما : فلانة بنت أئينا ، فأنكر الآخر ، حرم على المقر نكاحها ، وكما لو قال لأمي في التركة : إنه ابن أئينا ، هل يحكم بعنته ؟ وجهان . وكما لو قال أحد الشريكين في المقار لثالث : بعتك نصيبي ، فأنكر ، لا يثبت الشراء . وفي ثبوت الشفعة للشريك خلاف . وكما لو قال : لزيد على عمرو كذا وأنا ضامنه ، فأنكر عمرو ، ففي مطالبة المقر بالضمان وجهان . أصحابها : المطالبة ، كما لو اعترف الزوج بالخلع ، وأنكرت المرأة ، ثبتت البينونة ، وإن لم يثبت المال الذي هو الأصل ، وإذا قلنا بالصحيح ، قبل في ظاهر الحكم ^(١) ، وأما في الباطن ، فهل على المقر إذا كان صادقاً أن يشركه فيما يرثه ؟ وجهان . أصحابها : نعم ، لملته باستحقاقه . وعلى هذا ، هل يشركه بنصف ما في يده ، أم بثلثه ؟ وجهان . أصحابها : الثاني .

(١) في نسخة الظاهرية : فذلك في ظاهر الحكم .

الحال الثاني : أن يحجبهم أو بعضهم ، بأن كان الوارث صغيراً في الظاهر أخاً أو ممتقاً ، فأقر بابن للميت ، فإن لم يثبت نسبه ، فذاك . وإن أثبتناه ، لم يرث على الأصح ، للدور ، والثاني: يرث ويحجب انقر ، قاله ابن سريج ، واختاره صاحب « التقريب » وابن الصباغ وجماعة ، وقالوا : المتبر كونه وارثاً ، لولا إقراره . ولو خلف بنتاً ممتقة ، فأقرت بأخ لها ، فهل يرث ويكون الميراث بينهما أثلاثاً لكون تورثه لا يحجبها ، أم لا لأنه يتمتعها عصوبة الولاء ؟ وجهان .

فرع

ادعى مجهول على أخي الميت أنه ابن الميت ، فأنكر الأخ ونكل عن اليمين ، فحلف المدعي اليمين المردودة ، ثبت نسبهم ، ثم إن قلنا : النكول مع يمين الرد كاليمين ، ورث وحجب الأخ . وإن قلنا : كالأقرار ، ففيه الخلاف السابق في إقرار الأخ . ولو مات عن ابن وأخت ، فأقرا بابن للميت ، فعلى الأصح : تسلم الأخت نصيبها ، لأنه لو ورثها الابن يحجبها ^(١) ، وعلى الثاني : يأخذ جميع ما في يدها . وكذا الحكم فيما لو خلف زوجة وأخاً ، فأقرا بابن للميت ، يكون للزوجة الربع على الأصح ، وهذا الابن لا ينقص حقها ، كما لا يسقط الأخ .

فرع

إقرار الورثة بزواج أو زوجة للميت ، مقبول على المذهب . وحكي عن القديم قول : أنه لا يقبل . فإن قلنا فأقر أحد الابنين المستفرقين وأنكر الآخر ، فالتورث على ما ذكرنا فيما إذا أقر أحدهما بأخ وأنكر الآخر .

(١) في نسخة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » : ولو مات عن بنت وأخت فأقرتا بابن للميت ، فعلى الأصح : يسلم للأخت نصيبها ، لأنه لو ورث الابن لحجبها .

فرع

قال :زيد أخى، ثم فر بأخوة الرضاع ، حكى الروياني عن أبيه :أن الأشبه بالمذهب ، أنه لا يقبل ،لأنه خلاف الظاهر،ولهذا لو فر بأخوة الاسلام، لم يقبل.

فرع

في فتاوى القفال ، أنه لو أقر على أبيه بالولاء ، فقال : هو معتق فلان ، ثبت الولاء عليه إن كان المقر مستغرقاً ، كما في النسب .
قلت : لو خلف ثلاثة بنين فأقر ابنان برابع ، وأنكره الثالث ، لم يثبت نسبه بإقرارهما ، لكن إذا شهدا به عند الحاكم بشروط الشهادة ، ثبت نسبه ،لأن شهادتهما أولى بالقبول من شهادة الاجنبيين، لأن عليها فيه ضرراً ، قاله القاضي أبو الطيب .
والله أعلم

كتاب العارية

هي بتشديد الياء . قال الخطابي في « الغريب » : وقد تخفف ، وفيه بابان .
الأول : في أركانها، وهي أربعة .^١

الأول : المير، ويعتبر فيه أن يملك للنفقة ، وأن لا يكون محجوراً عليه في التبرعات ، فيجوز للمستأجر أن يُمير لأنه يملك النفقة، وللموصى له بخدمة عبد أو سكن دار ونحوهما أن يُميرهما ، وليس للمستمير أن يُمير على الصحيح ، ولكن له أن يستوفي النفقة لنفسه بوكيله .

قلت : قال صاحب « الصلة » : ليس للأب أن يُمير ولله الصغير لمن يخدمه، لأن ذلك هبة لمنافه ، فأشبهه إعارة ماله . وهذا الذي قاله ، ينبغي أن يحمل على خدمة تقابل بأجرة ، أما ما كان محضاً بحيث لا يقابل بأجرة ، فالظاهر الذي تقتضيه أفعال السلف : أنه لا منع منه إذا لم يضر بالصبي، وقد سبق في كتاب « الحجر » نحو هذا . والله أعلم

الركن الثاني : المستمير ، وبشروط فيه كونه أهلاً للتبرع [عليه] بقصد يشتمل على إيجاب وقبول بقول أو فعل ، فلا تصح الاعارة للصبي، كما لا يوهب له .
الركن الثالث : المستأجر ، وله شرطان .

أحدهما : كونه متنعماً به مع بقاء عينه ، كالعبد ، والثوب ، والدابة، والدار . فلا يجوز إعارة الطنم قطعاً ، ولا الدراهم والنفائير على الأصح . قال الامام : ويجري الوجهان في إعارة الحنطة والشعير ونحوهما . ثم السابق إلى الفهم من كلام

الأصحاب ، أن الخلاف فيما إذا أطلق إعارة الدرام ، فأما إذا صرح بالإعارة للتزيين ، فينبغي أن يقطع بالصحة ، وبه قطع المتولي (١) ، لأنه اتخذ هذه المنفعة مقصوداً وإن ضعفت ، وإذا لم نصحبها ، فجرت ، فهي مضمونة على الصحيح ، لأن العارية الصحيحة مضمونة ، وللفساد حكم الصحيح في الضمان ، وقيل : لا ضمان ، لأن ما جرى بينها ليس بعارية صحيحة ولا فاسدة . ومن قبض مال غيره بأذنه لا لمنفعته ، كان أمانة .

الشرط الثاني : كون النفعة مباحة ، فيحرم استمارة الجارية للاستمتاع . وأما للخدمة ، فيجوز إن أعارها المحرم أو امرأة ، وإلا ، فلا يجوز ، لخوف الفتنة ، إلا إذا كانت صغيرة لا قشتهى ، أو قبيحة ، فوجهان .

قلت : أصحابها : الجواز ، وبه قطع جماعة ، منهم صاحب « التهذيب » (٢) . والله أعلم

قال النزالي : وإذا أعارها ، صحت الإعارة ، وإن كانت محرمة . وبشبه أن يقال بالفساد ، كالاجارة للمنفعة المحرمة ، ويشمر به إطلاق الجمهور نفي الجواز .

فرع

يكره استمارة أحد الأبوين للخدمة ، لأن استخدامهما مكروه ولفظ الامام بنفي الحيل .

قلت : الذي قاله الأصحاب ، أنه يكره كراهة تنزيه ، قال الجرجاني : ويكره أيضاً استئجارهما . وقد يجوز إعارة مالا يجوز إيجارته ، وهو الفحل للضراب ، والكلب للصيد ، فإن إعارتهما صحيحة ، وإيجارتهما باطلة على الأصح . والله أعلم

(١) في نسخة للظاهرية : وبه صرح المتولي .

(٢) في نسخة للظاهرية : صاحب « المذهب » .

وتشكره إعارة العبد المسلم لكافر كراهة تنزيه .

قلت : صرح الجرجاني وآخرون ، بأنها حرام ، وصرح صاحب « المذهب » ، وآخرون ، بأنها لا تجوز ، وظاهره التحريم ، ولكن الأصح الجواز ، وقد سبق في أول البيوع . والله أعلم

فرع

يحرم على الحلال إعارة الصيد من المحرم^(١) ، فإن فعل قُتِلَ في يده ، ضمن الجزء لحق الله تعالى ، والقيمة للحلال . ولو أعار المحرم حلالاً ، فإن قلنا : المحرم يزول ملكه عن الصيد فلا قيمة له على الحلال لانه غير مالك ، وعلى المحرم الجزء لحق الله تعالى إن تلف في يد الحلال ، لانه متعدد بالإعارة ، فانه يلزمه إرساله . وإن قلنا : لا يزول ، صحت الاعارة وعلى الحلال القيمة إن تلف عنده .

فرع

دفع شاة إلى رجل وقال : ملكتك درها ونسلها ، فهي هبة فاسدة ، وما حصل في يده من الدر والنسل ، كالمقبوض بالهبة الفاسدة ، والشاة مضمونة بالعارية الفاسدة . ولو قال : أبحت لك درها ونسلها ، فوجهان . أحدهما : أنه كقوله : ملكتك . والثاني : أنها إباحة صحيحة ، والشاة عارية صحيحة ، وبه قطع المتولي .

قلت : هذا أصح ، واختاره أيضاً القاضي أبو الطيب ، وصاحب « الشامل » ، وحكم

(١) في نسخة الظاهرية : يحرم على الحلال إعارة الصيد للمحرم .

هذان والمتولي بالصحة فيما إذا أعاره الشاة ليأخذ لبنها ، أو أعاره شجرة ليأخذ ثمرها .

والله أعلم

فملى هذا ، قد تكون العارية لاستفادة عين ، وليس من شرطها أن يكون المقصود مجرد النعمة ، بخلاف الاجارة . ولو قال : ملكتك درها ، أو أبحتك على أن تطفها ، قال البغوي : الطف أجرة الشاة وثن الدر والنسل ، فالشاة غير مضمونة لأنها مقبوضة باجارة فاسدة ، والدر والنسل مضمونان في الشراء الفاسد . وكذا لو دفع قراضة إلى سقاء ، وأخذ الكوز ليشرب ، فسقط الكوز من يده . وانكسر ، ضمن الماء لأنه مأخوذ بالشراء الفاسد ، ولم يضمن الكوز لأنه في يده . باجارة فاسدة ، وإن أخذه مجاناً ، فالكوز عارية ، والماء كالمقبوض بالهبة الفاسدة .

فرع

قال المتولي : تعيين المستعار عند الاعارة ، ليس بشرط . حتى لو قال : أعرفني حذابة ، فقال : ادخل الاصطبل فخذ ما أردت ، صحت العارية ، بخلاف الاجارة ، فإنها تُصان عن مثل هذا ، لان الفر لا يحتل في المعاوضات .

الركن الرابع : الصينة ، واللفظ المتد به في الباب ما يدل على الاذن في الانتفاع ، كقوله : أعرتك ، أو خذه لتنتفع به ، وما أشبهها . واختلفوا في الواجب من اللفظ ، فالأصح الأشهر ما قطع به البغوي وغيره : أن المتبر اللفظ من أحد الطرفين ، والفعل من الآخر . حتى لو قال المستعير : أعرفني ، فسلمه المالك إليه ، صحت الاعارة ، كما لو قال : خذه لتنتفع به ، فأخذه ، قياساً على إباحة الطعام . وقال النزالي : يعتبر اللفظ من جهة المير ، ولا يعتبر من جهة المستعير ، وإنما يعتبر

منه القبول ، إما بالفعل وإما بالقول . وقال المتولي : لا يعتبر اللفظ في واحد منها حتى لو رآه عارياً فأعطاه قميصاً فلبسه ، تمت العارية . وكذا لو فرش لضيغه فراشة أو بساطاً أو مصلىً ، أو ألقى له وسادة فجلس عليها ، كان ذلك إعاره ، بخلاف ما لو دخل فجلس على الفرش المبسوطة ، لانه لم يقصد بها انتفاع شخص بيمينه ، ولا بد في العارية من تعيين المستعير ، وهذا الذي قاله المتولي فيه تمام التشبيه باباحة الطعام ، ويوافق ما حكى عن الشيخ أبي عاصم ، أنه إذا انتفع بظرف الهدية البعثة إليه حيث جرت العادة باستعماله ، كأكل الطعام من القصعة المبعوث فيها ، كان عارية ، لانه انتفاع بملك الغير بأذنه .

قلت : هذا المحكي عن أبي عاصم ، هو فيما إذا كانت الهدية لا تقابل . فأما إن كانت عوضاً ، فالظرف أمانة في يده كالأجارة الفاسدة ، كذا حكاه المتولي عن أبي عاصم . والله أعلم

فرع

قال : أعرتك حماري لتعيرني فرسك ، فهي إجارة فاسدة ، وعلى كل واحد أجرة مثل دابة صاحبه ، وكذا الحكم ، لو أعاره شيئاً بعوض مجهول ، كما لو أعاره دابة ليملفها ، أو داره ليطين سطحها ، وكذا لو كان الموهى معلوماً ، ولكن مدة الإعارة مجهولة ، كقوله : أعرتك داري بعشرة دراهم ، أو لتعيرني ثوبك شهراً . وفي وجه ضعيف : أنها عارية فاسدة ، نظراً إلى اللفظ ، فعلى هذا تكون مضمونة عليه . وعلى الأول : لا ضمان ، ولو يثن مدة الإعارة وذكر عوضاً معلوماً ، فقال : أعرتك هذه الدار شهراً من اليوم بعشرة دراهم ، أو لتعيرني ثوبك شهراً من اليوم ، فهل هي إجارة صحيحة ، أو إجارة فاسدة ؟ وجهان ، بناءً على أن الاعتبار باللفظ ، أو بالمعنى ؟

فرع

دفع دراهم إلى رجل وقال : اجلس في هذا الحانوت واتجر فيها لنفسك ، أو
دفع اليه بذراً وقال : ازرعه في هذه الأرض ، فهو مبيع للحانوت والأرض ،
وأما الدراهم والبذر ، فهل يكون هبة ، أم قرضاً ؟ وجهان .

الباب الثاني في أحكامها

وهي ثلاثة .

الأول : الضمان . فإذا تلفت العين في يد المستعير ، ضمنها ، سواء تلفت بآفة
حماوية أم بفعله ، بتقصير أم بلا تقصير ، هذا هو المشهور . وحكي قول : أنها لا تضمن
إلا بالتعدي فيها ، وهو ضعيف . ولو أعسار بشرط أن يكون أمانة ، لفنا الشرط
وكانت مضمونة ، وإذا ضمن ، ففي القيمة المعتبرة أوجه . أصحابها : قيمته يوم التلف .
وإثنائي : يوم القبض . والثالث : أقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف . ويبنى
على هذا الخلاف ، أن العارية إذا ولدت في يد المستعير ، هل يكون الولد مضموناً
في يده ؟ إن قلنا بالثالث ، كان مضموناً ، وإلا ، فلا . وليس له استعماله بلا خلاف .
قلت : ولو استمار دابة وساقها ، فبها ولدها ولم يتكلم المالك فيه باذن
ولانيه ، فالولد أمانة ، قاله القاضي حسين في « الفتاوى » . والله أعلم

والقبوض على جهة الموم ، إذا تلف ، في المتبر من قيمته هذه الأوجه ،
لكن قال الامام : الأصح فيه قيمته يوم القبض . وقال غيره : الأصح يوم التلف ،

هذا إذا تلفت العارية لا بالاستعمال ، أما إذا تلفت بالاستعمال المأذون فيه ، بأنه انحق الثوب باللبس ، فلا يجب ضمانه على الأصح كالأجزاء . وقيل : يضمن ، فملى هذا ، وجهان . أحدهما : يضمن المين بجميع أجزائها ، وبه قطع الامام . وأصحها : يضمنه في آخر حالات التقويم ، وبه قطع البغوي . وأما الأجزاء ، فما تلف منها بسبب استعمال المأذون فيه ، كأنحق الثوب باللبس ، لا يجب ضمانه على الصحيح ، وما تلف منها بغير الاستعمال ، ففيه وجهان . أحدهما : لا يضمن ، كالتالف بالاستعمال . وأصحها : الضمان ، كتلف المين كلها . وأما إذا تلفت الدابة بسبب الركوب والحمل المعتاد ، فهو كأنحق انثوب ، وتعييبها به كالأحقاق . وعن القفال : لو قرّح ظهرها بالحمل وتلفت منه ، يضمن ، سواء تعدى بما حمل ، أم لا ، لأنه إنما أذن في الحمل ، لا في الجراحة ، وردّها إلى المالك لا يخرجها عن الضمان ، لأن السراية تولدت من مضمون ، وهذا في الحمل الذي هو غير متمد به ، تفريع على وجوب الضمان في صورة الانحقاق ، كذا ذكره الامام .

فرع

مؤنة الرد على المستعير ، هذا كله إذا استعار من المالك . فلو استعار من المستأجر أو الموصى له بالنفقة ، فتلفت المين ، فوجهان . أحدهما : يضمن كما لو استعار من المالك . وأصحها : لا يضمن ، لأن المستأجر لا يضمن وهذا نائبه ، ومؤنة الرد في هذه الاستعارة على المستعير إن ردّ على المستأجر ، وعلى المالك إن ردّ عليه كما لو ردّ عليه المستأجر .

فرع

إذا استعار المين المفصولة من الغاصب ، وتلفت في يده ، غرّم المالك من شاء .

منها قيمته يوم التلف، وقرار الضمان على المستعير. فان كانت قيمته قبل يوم التلف أكثر، فنظر، إن كانت الزيادة في يد المير الغاصب، لم يطالب بها غيره. وإن كانت في يد المستعير، فان قلنا: العارية تضمن بأقصى القيم، فهي كقيمته يوم التلف، وإلا، فالزيادة كبذل المنافع. وحكم بدل المنافع، أن ما تلف منها تحت يده، فقرار الضمان على المير، لأن يد المستعير في المنافع ليست يد الضمان. والتي استوفاهما بنفسه فيها قولان. أظهرهما: على المستعير، لمباثرته الاتلاف، والمستعير من المستأجر من الغاصب حكمه حكم المستعير من الغاصب إن ضمنا المستعير من المستأجر، وإلا، فيرجع بالقيمة التي غرّمها على المستأجر، ويرجع المستأجر على الغاصب.

فرع

إذا أركب وكيّله الذي استعمله في شغله دابة الموكّل، وسيّره إلى موضع، فتلفت الدابة في يده بلا تفريط، فلا ضمان، لأنه لم يأخذها لغرض نفسه، وكذا لو سلمها إلى راضٍ ليروضها، أو كان له عليها متاع نفيس فأركب إنساناً فوقه إحرازاً المال، فلا ضمان.

فرع

لو وجد [مَن] أعياناً في الطريق فأركبه فتلفت الدابة، فالذهب أنه يضمن، سواء التمس الراكب أو ابتدأه الراكب، ومال الامام، إلى أنه لا يضمن، وجعل الغزالي هذا وجهاً، وزعم أنه الأصح، والمروفي الأول، وهو الصواب. ولو أركبه مع نفسه، فعلى الرديف نصف الضمان، ورأى الامام أنه لا شيء عليه، تشبيهاً بالضيف. وعلى المذهب: لو وضع متاعه على دابة رجل، وقال الواضع: سيّرها،

فقل ، كان صاحب المتاع مستميراً من الدابة بقسط متاعه مما عليها ، حتى لو كان عليها مثل متاعه فتلقت ، ضمن نصف الدابة . ولو لم يقل الواضع : سيرها ، لكن سيرها لئلا ، لم يكن الواضع مستميراً ، بل يدخل المتاع في ضمان صاحب الدابة ، لأنه كان حقه أن يطرحه . ولو كان لأحد الرفيقين في السفر دابة ، وللآخر متاع ، فقال صاحب المتاع للآخر : احمل متاعي على دابتك ، فأجابته ، فصاحب المتاع مستمير . ولو قال : صاحب الدابة : أعطني متاعك لأضمه على الدابة ، فهو مستودع متاعه ، ولا تدخل الدابة في ضمان صاحب المتاع ، ذكره البغوي .

فرع

استعار دابة ليركبها إلى موضع ، فجاوزه ، فهو متمدد من حين المجاوزة ، وعليه أجره المثل ذهاباً من ذلك الموضع ورجوعاً إليه . وفي لزوم أجره المثل من ذلك الموضع إلى أن يرجع إلى البلد الذي استعار منه ، وجهان . فإن أوجبناها ، فليس له الركوب من ذلك الموضع ، بل يسلمه إلى قاضي الموضع الذي استعار إليه .
[قلت : الأصح (١)]

فرع

أودعه ثوباً وقال : إن شئت أن تلبسه فالبسه ، فهو بئد اللبس عارية ، وقبله وديمة على الصحيح ، وقيل : عارية ، لأنه مقبوض لتوقع نفع كالتقبوض بالسوم . قال صاحب «التقريب» : ولو قيل : لا ضمان في السوم تخريباً من هذا ، لم يبعد .

(١) في هامش نسخة الظاهرية : يباح بالأصل .

فرع

استثمار صندوقاً ، فوجد فيه دراهم ، فهي أمانة عنده ، كما لو طيَّرت الريح ثوباً في داره .

الحكم الثاني : تسلط المستثمر على الانتفاع بحسب إذن المير ، وفيه مسائل .

الاولى : إذا أعاره أرضاً للزراعة ، فإن يبيِّن ما يزرعه ، كقوله : أعرتك لزراعة الحنطة ، نظر ، إن لم ينه عن غيرها ، فله أن يزرع الحنطة وما ضرره كضررها أو دونه كالشعير ، وليس [له] أن يزرع ما فوقها كالذرة والقطن . وإن ناه عن غيرها ، لم يكن له زرع غيرها . وحيث زرع ما ليس له ، فلمير قلعه مجاناً . وإن أطلق ذكر الزراعة ولم يبين الزرع ، صحت الاعارة على الأصح ، ويزرع ما شاء ، لاطلاق اللفظ . والثاني : لا يصح ، لتفاوت الضرر . ولو قيل : يصح ولا يزرع إلا أقل الأنواع ضرراً ، لكان مذهباً .

الثانية : إذا أعار الزراعة ، لم يكن له البناء ولا الفراس . وإن أعار لأحدهما ، فله الزراعة ، وليس له الآخر على الأصح .

قلت : حكى صاحب المذهب ، وغيره وجهاً : أنه لا يجوز الزرع إذا استمار للبناء ، لأن الزرع يرخي الأرض ، بخلاف البناء . والصحيح : الجواز . والله أعلم

الثالثة : إذا كان المستعار لا ينتفع به إلا بجهة واحدة ، كالبساط الذي لا يصلح إلا لأن يفرش ، فلا حاجة في إعارته إلى بيان الانتفاع ، وإن كان ينتفع به بجهتين فصاعداً ، كالأرض تصلح للزراعة ، والبناء ، والفراس ، وكالدابة للركوب ، والحمل ، فهل

تصح الاعارة مطلقاً ، أم يشترط بيان جهة الاقتفاع ؟ وجهان . أصحابها عند الامام ،
والنزالي : الثاني ، وقطع الروياني والبنوي بالاول .

قلت : صحح الرافعي في « المحرر » الثاني . والله أعلم

فعل الاول : له أن ينتفع كيف شاء . وقال الروياني : ينتفع بما هو المادة فيه ، وهذا
أحسن . وعلى الثاني : لو قال : أعرتك لتنتفع به كيف شئت ، أو لتفعل به
ما بدا لك ، فوجهان .

الحكم الثالث : الجواز . فللمير الرجوع متى شاء ، وللمستعير الرد متى شاء ،
سواء العارية المطلقة والمؤقتة ، إلا في صورتين .

الاولى : إذا أعار أرضاً لدفن ميت ، فدفن ، لم يكن له الرجوع ونش القبر
إلى أن يندرس أثر المدفون ، وله سقي الاشجار التي فيها إن لم يُنْقَضْ إلى ظهور
شيء من بدن الميت ، وله الرجوع مالم يوضع فيه الميت ، قال المتولي : وكذا بعد
الوضع مالم يواره التراب . قال : ومؤنة الحفر إذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن ،
على ولي الميت ، ولا يلزمه طمها .

قلت : كذا هو في نسخ كتاب الامام الرافعي رحمه الله ، وهو غلط في النقل
عن المتولي ، فان المتولي قال : إذا رجع في العارية بعد الحفر وقبل الدفن ، غرم
لولي الميت مؤنة الحفر ، لأنه باذنه في الحفر أوقفه في التزام ما التزم ، وفوت عليه
مقصوده لمصلحة نفسه ، فهذا لفظ المتولي بحروفه ، وهو الصواب . والله أعلم

وإطلاق الاعارة ، لا يسلّط على الدفن قطعاً وإن كان يسلّط على ما شاء من
النافع على الوجهين كما سبق ، والفرق ظاهر .

قلت : في « البيان » وغيره : أنه لو أعار أرضاً ليحفر فيها بئراً ، صحت العارية . فإذا نبع الماء ، جاز للمستعير أخذه ، لأن الماء يستباح بالاباحة . والله أعلم

الصورة الثانية : إذا أعاره جداراً لوضع الجذوع ، ففي جواز الرجوع وجهان . فان جوزناه ، فهل فائدته طلب الاجرة للمستقبل ، أم التخير بينه وبين القلع وضمان أرش النقص ؟ وجهان . وقد سبق بيان هذا كله واضحاً مع بيان الاصح في كتاب الصلح .

قلت : ومن أحكامها ، أنه لو مات المير ، أو جُن ، أو أغمي عليه ، أو حجر عليه لسفه ، انفسخت الاعارة كسائر العقود الجائزة . وإن مات المستعير ، انفسخت أيضاً ، لأن الاذن بالانتفاع إنما كان للمستعير دون وارثه ، وإذا انفسخت ، وجب على المستعير ردها ، ذكر هذه الجملة المتولي . والله أعلم

فصل

إعارة الأرض للبناء أو الفراس ، ضربان : مطلقة لم يبين لها مدة ، ومقيدة بمدة . الأول : المطلقة ، والمستعير فيها أن يبني ويفرس ما لم يرجع المير ، فإذا رجع ، لم يكن له البناء والفراس . ولو فعل وهو عالم بالرجوع ، قلع مجاناً ، وكلف تسوية الأرض كالفاسب . وإن كان جاهلاً ، فوجهان كالوجهين فيما إذا حمل السيل نواة إلى أرضه فنبتت . وأما ما بني وغرس قبل الرجوع ، فإن أمكن رفعه من غير نقص يدخله ، رفع ، وإلا ، فينظر ، إن شرط عليه القلع مجاناً عند رجوعه ، وتسوية الحفر ، لزمه ، فإن امتنع ، قلمه المير مجاناً ، وإن شرط القلع دون التسوية ،

لم تلزمه التسوية ، لأن شرط القلع رضى بالحفر . وإن لم يشرط القلع ، نظر ، إن أراد المستعير ، مكين منه ، لأنه ملكه ، ويلزمه تسوية الحفر على الأصح . قلت : كذا صححه الجمهور : أنه يلزمه تسوية الحفر هنا منهم القاضي أبو الطيب في « المبرد » ، وصاحب « الانتصار » ، وغيرهما ، وبه قطع الهاملي في « المقنع » ، والرويان في « الحلية » ، وهو الأصح . ولا يفتر بتصحيح الرافعي في « المحرر » : أنه لا يلزمه ، فإنه ضعيف ، نبهت عليه في « مختصر المحرر » . والله أعلم

وإن لم يرد ، لم يكن للمير قلمه مجاناً ، لأنه محترم ، ولكن يتخير المير . وفيما يتخير ؟ فيه أوجه . أحدها ، وبه قطع الامام ، وأبو الحسن العبادي ، والنزالي : يتخير بين ثلاث خصال . إحداها : أن يقيه بأجرة يأخذها . والثانية : أن يقطع ويضمن أرض النقص ، وهو قدر التفاوت بين قيمته ثابتاً ومقلوعاً . والثالثة : أن يتملكه بقيمته ، فإن اختار خصلة ، أجبر عليها المستعير . والثاني ، وبه قطع البغوي : لا بد في الخصلة الأولى والثالثة من رضى المستعير ، لأن الأولى إجارة والثالثة بيع . والثالث : يتخير بين خصلتين ، القلع وضمان الأرض ، والتملك بالقيمة ، وبهذا قطع أبو علي الزجاجي وأكثر المراقين وغيرهم ، وهذا أصح في المذهب . فلي هذا ، لو امتنع من الخصلتين ، وبذل المستعير الاجرة ، لم يكن للمير القلع مجاناً . وإن لم يبدلها ، فكذلك على الأصح ، وبه قطع الخيرون بين الخصال الثلاث إذا امتنع منها جميعاً . وما الذي يفعل فيه ؟ وجهان . أحدهما : وبه قال [أبو علي] الزجاجي : يبيع الحاكم الأرض مع البناء أو الفراس لفصل الخصومة . وقال الاكثرون ، منهم المزني : يعرض الحاكم عنها إلى أن يختار شيئاً ، ويجوز للمير دخول الأرض ، والارتفاع بها ، والاستغلال بالبناء والشجر ، لأنه جالس في ملكه ، وليس للمستعير دخولها للتفرج بغير إذن المير ، ويجوز لسقي الأشجار وإصلاح الجدار على الأصح ، صيانة للملكه عن

الضياح . ووجه النع : أنه يشغل ملك غيره إلى أن يصل إلى ملكه . وعلى الاول : لو تمطلت المنفعة على صاحب الارض بدخوله ، قال المتولي : لا يمكن إلا بالاجرة ، ولكل واحد من المير والمستعير بيع ملكه للآخر ، والمير يبيع ملكه لثالث ، ثم يتخير المشتري تخير المير ، وهل للمستعير يبيع البناء والفراس لثالث ؟ وجهان . أصحابها : الجواز . فعلى هذا ، يتنزل المشتري منزلة المستعير ، والمير الخيار كما سبق^(١) وللمشتري فسخ البيع إن جهل الحال . ولو اتفق المير والمستعير على بيع الارض بما فيها بثمن واحد ، فقد قيل : هو كما لو كان لهذا عبد ، ولهذا عبد ، فباعاها بثمن واحد ، والمذهب : القطع بالجواز للحاجة . ثم كيف يوزع الثمن هناك ، وفيما إذا باعها الحاكم على أحد الوجهين ؟ قال المتولي : هو على الوجهين فيما إذا غرس الراهن الارض المرهونة . وقال البنوي : يوزع على الارض مشغولة بالفراس أو البناء ، وعلى ما فيها وحده ، فحصة الارض للمير ، وحصة ما فيها للمستعير ، وحكم الدخول والانتفاع والبيع ، على ما ذكرنا في ابتداء الرجوع إلى الاختيار ، وفيما إذا امتنعا من الاختيار وأعرض القاضي عنها سواء .

الضرب الثاني : المقيدة بمدة . وللمستعير البناء والفراس في المدة ، إلا أن يرجع المير ، وله أن يجدد كل يوم غرساً ، وبعد انقضاء المدة ليس له إحداث البناء والفراس . وإذا رجع المير قبل المدة أو بمرده ، فالحكم كما لو رجع في الضرب الاول ، لكن هنا وجه : أنه لا يتمكن من الرجوع قبل المدة ، وقول : أنه إذا رجع بعد المدة ، فله القلع بجائناً ، نقله الساجي ، واختاره الروياني . والمذهب : الاول .

(١) في الأصل : فعلى هذا يتنزل المشتري تنزل المير . والمستعير الخيار كما سبق ، وما أثبتناه من نسخ الظاهرية و « شرح الوجيز » .

فرع

قال المتولي : إذا بنى أحد الثريكين ، أو غرس في الأرض المشتركة باذن صاحبه ، ثم رجع صاحبه ، لم يكن له القلع بأرض النقص ، لأنه يتضمن قلع بناء المالك في ملكه ، وليس له أن يملك بالقيمة ، لأن للباني في الأرض مثل حقه ، لكن له الابقاء بأجرة . فان لم يبذلها الباني ، فهل يباع أو يمرض عنها ؟ فيه ماسبق .

قلت : كذا قال المتولي : فان لم يبذلها الباني ، وكان ينبغي أن يقول : فان لم يرض بها الثريك ، فان بذل الباني ، ليس بشرط على المختار كما تقدم ، ولو بنى أو غرس بغير إذن شريكه ، قلعة مجاناً ، وسيأتي بيانه في بناء المشتري في المشفوع .
والله أعلم

فصل

أعار للزرع ، فزرعها ، فرجع قبل إدراك الزرع ، فان كان بما يتعاد قطمه ، كلّف قطمه ، وإلا ، فأوجه ، أحدها : للمير أن يقلع ويغرم أرض النقص . والثاني : له تملكه بالقيمة ، قاله القاضي أبو الطيب . وثالث : وهو الصحيح : لا تثبت واحدة من هاتين الخصلتين ، لأن للزرع أمداً ، بخلاف البناء والغراس ، فملى هذا ، يلزم المير إبقاؤه إلى أوان حصاده ، وهل له الأجرة ؟ وجهان . أحدهما : لا ، وهو منقول عن المزني ، واختاره الروياني ، لان منفعة الارض إلى الحصاد كالستوفاة . وأصحها : نعم ، لانه إنما أباح له المنفعة إلى وقت الرجوع ، فأشبهه من أعار دابة إلى بلد ثم رجع في الطريق ، فان عليه نقل متاعه إلى مأمنٍ بأجرة المثل . ولو أعار

لزوع مدة ، فاقضت والزوع غير مدرك ، فان كان ذلك لتقصيره في الزراعة بالتأخير ،
قلع بجائنا ، وإلا ، فهو كما لو أعار مطلقاً .

فرع

لو أعار للفسيل ، قال الشيخ أبو محمد : إن كان ذلك مما يعتاد نقله ، فهو
كالزوع ، وإلا ، فكالبناء .

فرع

قال البغوي : إذا أعار الزرع مطلقاً ، لم يزرع إلا زرعاً واحداً ، وكذا
لو أعار للفراس ، وفرس وقلمه ، لا يفرس بعده إلا باذن جديد . وهذا يبين أن
قولنا : المستعير للبناء والفراس مطلقاً يعني وفرس ما لم يرجع المير ، معناه : البناء
المأذون فيه ، وهو مرة واحدة ، إلا إذا كان قد صرح له بالتجديد مرة بعد أخرى .

فصل

إذا حمل السيل حبات أو نوى لنيره إلى أرضه ، لزمه ردها إلى مالِكها إن
عرفه ، وإلا ، فيدفعها إلى القاضي ، ولو نبتت في أرضه ، فوجهاً . أحدهما : لا يحجر
مالكها على قلمها ، لأنه غير متمد . فعلى هذا ، هو مستعير ، فينظر في النابت أهو
شجر ، أم زرع ؟ ويكون الحكم على ما سبق . وأصحها : يحجر ، لأن المالك لم
يأذن ، فهو كما لو انتشرت أغصان شجرة في هواء دار غيره ، فله قطعها . ولو حمل
مالاقيمة له ، كنواة واحدة ، أو حبة ، فهل هي لمالك الأرض لأن التقوّم حصل

في ملكه ؟ أم لملك الحبة لانها كانت محرمة الأخذ ؟ وجهان . فلى الثاني : في قلع النبات ، الوجهان .

قلت : الاصح : كونها لملك الحبة ، وهذا في حبة وفواة لم يعرض عنها مالكةا ، أما إذا أعرض عنها أو ألقاها ، فينبني القطع بكونها لصاحب الارض . والله أعلم ولو قلع صاحب الشجرة شجرته ، لزمه تسوية الارض ، لانه لتخليص ملكه .

فصل

في الاختلاف

وفيه مسائل .

الاولى : قال راكب الدابة لملكها : أعرتنيها . فقال : بل أجرتكها مدة كذا بكذا ، فتارة يختلفان والدابة باقية ، وتارة [يختلفان] وهي تالفة .

الحال الاول : الباقية ، وهو ضربان .

أحدهما : يختلفان بعد مضي مدة لمثلها أجرة . والثاني : قبلها . فالاول : نص فيه أن القول قول الراكب يمينه . ونص فيما إذا زرع أرض غيره واختلفا هكذا ، أن القول قول صاحب الارض . والله أعلم

والأصحاب طريقان . أحدهما : تقرير التصين ، واختاره القفال ، لان الدواب تكثر فيها الاعارة ، بخلاف الارض . وأصحها عند الجمهور ، وبه قال الزني ، والرييح ، وابن سريج : فيها قولان . أظهرهما : القول قول المالك ، فلى هذا كيف يخاف ؟ وجهان . قال الشيخ أبو محمد وطائفة : يخاف على بقي الاعارة ، ولا يمرض لاثبات

الاجرة ، لانه مدّع فيها . وقال المراقبون والقاضي والاكترون : يتعرض لاثبات الاجرة مع نفي الاعارة . فعلى الاول : إذا حلف ، استحق أقل الامرين من أجرة المثل والمسمى . وعلى الثاني : أوجه . أحدها : يستحق المسمى . والثاني : أقل الامرين . وأصحها وهو نصه في « الام » : أجرة المثل . فلو نكل المالك عن اليمين ، لم يحلف الراكب والزارع ، لأنها لا بدعيان حقاً على المالك ، وإنما بدعيان الاعارة وليست لازمة . وعن القاضي حسين رمز إلى أنها يحلفان لتخلص من النرم ، أما إذا قلنا : القول قول الراكب والزارع ، فإن حلف على نفي الاجارة ، كفاه وبرىء ، وإن نكل ، ردت اليمين على المالك ، واستحق بيمينه المسمى على الصحيح ، وعلى الشاذ أجرة المثل .

الضرب الثاني : أن يقع الاختلاف قبل مضي مدة لها أجرة ، فالقول قول الراكب بيمينه . فإذا حلف على نفي الاجارة ، سقطت دعوى الاجرة ، وردت اليمين إلى المالك . وإن نكل ، حلف المالك بيمين الرد ، واستحق الاجرة . وإنما لم يجر القولان ، لأن الراكب لا يدعي لنفسه حقاً ، ولم تلتف المنافع على المالك .

الحال الثاني : أن تكون الدابة تالفة ، فإن تلفت قبل مضي مدة لها أجرة ، فالراكب مقر بالقيمة ، والمالك ينكرها ويدعي الاجرة ، فيخرج على الخلاف السابق في كتاب الاقرار : أن اختلاف الجهة ، هل يمنع الأخذ ؟ إن قلنا : نعم ، سقطت القيمة برده . وفيمن القول قوله في الاجرة ، الطريقان في الحال الاول . وإن قلنا : لا ، فإن كانت الاجرة مثل القيمة أو أقل ، أخذها بلا يمين . وإن كانت أكثر ، أخذ قدر القيمة . وفي المصدق في الزائد ، الخلاف السابق .

المسألة الثانية : قال المتصرف : أعرتي هذه الدابة أو الارض ، فقال المالك : بل غصبتنيها ، فإن لم تمض مدة لها أجرة ، فلا معنى للنزاعة ، فيرد المال إلى مالكه . وإن مضت مدة لها أجرة ، فنقل الزني : أن القول قول المستير . وللاصحاب

طرق . أصحها : أنها على الطريقين في المسألة الاولى ، ففي طريق : يفرق بين الارض والدابة . وفي طريق : هما على قولين . والطريق الثاني : القطع بأن القول قول المتصرف ، لأن الظاهر أنه تصرف بحق . والثالث : القطع بأن القول قول مالكة ، لأن الأصل عدم إذنه . ومن قال بهذا ، خطأً المزني في النقل . قال الشيخ أبو حامد : لكنه ضيف ، لأن الشافعي رضي الله عنه نص في «الأم» على ما نقله المزني ، هذا إذا كانت العين باقية . فلو تلفت ، نظر ، إن تلفت بعد مدة لها أجرة ، فالمالك يدعي أجرة المثل والقيمة بالنصب ، والمتصرف ينكر الاجرة ويقر بالقيمة بحجة المارية ، فالحكم في الاجرة على ما ذكرنا عند بقاء العين . وأما القيمة ، فقال البغوي : إن قلنا : اختلاف الجهة يمنع الأخذ ، لم يأخذها إلا باليمين ، وإلا ، فإن قلنا : المارية تضمن ضمان النصب ، أو لم تقل به ، وكانت القيمة يوم التلف أكثر ، أخذها باليمين ، وإن كانت يوم التلف أقل ، أخذها باليمين ، وفي الزيادة يحتاج إلى اليمين . وإن هلك قبل مدة لها أجرة ، لزمه القيمة (١) . ثم قياس ما ذكره البغوي : أنا إن جعلنا اختلاف الجهة مانعاً من الأخذ ، حلف ، وإلا ، يأخذ باليمين ، ومقتضى كلام الامام : أن لا يخرج على ذلك الخلاف ، لا هذه الصورة ، ولا ما إذا كان الاختلاف بعد مدة لها أجرة ، قال : لأن العين متحدة ، ولا أثر للاختلاف في الجهة مع اتحاد العين . والأول أصح .

الثالثة : قال المالك : غصبتنيها ، وقال المتصرف : بل أجرتني ، فالذهب : أنه إن كانت العين باقية ، ولم تمض مدة لها أجرة ، فالصديق المالك . فإذا حلف ، استرد المال . وإن مضت مدة لها أجرة ، فالمالك يدعي أجرة المثل ، والمتصرف يقر بالمسمى . فإن استويا ، أو كانت أجرة المثل أقل ، أخذ باليمين . وإن كانت أجرة المثل أكثر ، أخذ قدر المسمى باليمين ، والزيادة باليمين . قال البغوي : ولا يجيء هنا خلاف اختلاف الجهة ، كما لو ادعى المالك فساد الاجارة ، والمتصرف صحتها ،

(١) في الأصل : وإن هلك بعد مدة لها أجرة ، لزمه القيمة ، وما أثبتناه من نسخ الظاهرية ،

يحلف المالك ، ويأخذ أجره المثل . وإن كان الاختلاف بعد بقاء المين في يد المتصرف مدة ، وتلفها ، فللمالك يدعي أجره المثل والقيمة ، والمتصرف يقر بالسمى وينكر القيمة ، فللمالك أخذ ما يقر به بلا مين ، وأخذ ما ينكره باليمين .

الرابعة : قال المالك : غصبتني ، وقال [صاحب اليد] : بل أودعتني ، حلف المالك على الأصح ، وأخذ القيمة إن تلف المال ، وأجره المثل إن مضت مدة لها أجره .
الخامسة : قال الراكب : أكريتها ، وقال المالك : بل أعرتها ، والدابة باقية ، فالقول قول المالك في نفي الاجارة . فاذا حلف ، استردها . فان نكل ، حلف الراكب واستحق الامساك . ثم إن مضت مدة لها أجره ، فالراكب يقر بالاجرة ، والمالك ينكرها ، ولا يخفى حكمه . وإن كان هذا الاختلاف بعد هلاك الدابة ، فان هلكت عقب القبض ، فالذهب : أن المالك يحلف ، ويأخذ القيمة ، لأن الراكب أتلها ، ويدعي مسقطاً . وخرج قول في المسألة الأولى : أن القول قول للراكب ، لأن الأصل براءته ، وإن تلفت بعد مدة لها أجره ، فللمالك يدعي القيمة وينكر الاجرة ، والراكب يقر بالأجرة وينكر القيمة . فان قلنا : اختلاف الجهة يمنع الأخذ ، حلف وأخذ القيمة ، ولا عبرة باقرار الراكب . وإن قلنا : لا يمنع ، وهو الأصح ، فان كانت القيمة والأجرة سواء ، أو كانت القيمة أقل ، أخذها بلا مين . وإن كانت القيمة أكثر ، أخذ الزيادة باليمين .

فرع

استعمل المستعير المارية بعد رجوع المعير وهو جاهل بالرجوع ، لم يلزمه الاجرة ، ذكره القفال .

فرع

مات المستمير ، يلزم ورثته الرد وإن لم يطلب المير .
قلت : قال أصحابنا : الرد الواجب والمبريء ، هو أن يسلم المير إلى المالك
أو وكيله في ذلك . فلو رد الدابة إلى الاصطبل ، أو الثوب ونحوه إلى البيت الذي
أخذ منه ، لم يبرأ من الضمان ، وسيأتي إن شاء الله تعالى في باب النصب بيان
هذا واضحا . ولو رد الدابة إلى دار المير ، فلم يجده ، فسلّمها إلى زوجته ، أو ولده ،
فان سلّمها المسلم إلى المدعي ، فضاقت ، فالعير بالخيار ، إن شاء ضمن المستمير (١) ،
وإن شاء غرم الزوجة أو الولد . فان غرم المستمير ، رجع عليها ، وإن غرمها .
لم يرجع على المستمير . والله أعلم



تم بمون الله تعالى وتوفيقه - الجزء الرابع من كتاب
« روضة الطالبين وعمدة المفتين » للامام النووي
وبليه الجزء الخامس ، وأوله : « كتاب النصب »

(١) في نسخ الظاهرية : ولو رد الدابة إلى دار المير فلم يجده ، فسلّمها إلى زوجته أو ولده ، فأرسلها
المسلم إلى المرعى فضاقت ، فالعير بالخيار ، إن شاء غرم المستمير ...

الفهرس

الموضوع	الصفحة
كتاب السلم وشروطه	٣
الشرط الأول : تسليم رأس المال في مجلس العقد	٣
الشرط الثاني : كون المسلم فيه ديناً	٦
فصل : يصح السلم الحال كالمؤجّل	٧
فصل : إذا أسلم مؤجّلاً اشترط كونه معلوماً	٧
فرع : في التوقيت بشهور الفرس والروم وحكمه	٨
الشرط الثالث : القدرة على التسليم	١١
فرع : فيما يحصل به الانقطاع	١٢
الشرط الرابع : بيان محل التسليم	١٢
الشرط الخامس : العلم بالمقدار ، وذلك يكون بالكيل ، أو الوزن ، أو النزع ، أو العد.	١٤
فصل : لا يجوز السلم في البطيخة والسفرجلة ، ولا في عدد منها ، لأنه يحتاج إلى ذكر حجمها ووزنها .	١٤
الشرط السادس : معرفة الأوصاف	١٥
لتعذر ضبط معرفة الأوصاف أسباب ، منها : الاختلاط . والمختلطات أربعة أنواع .	١٦
فصل : يجوز السلم في الحيوان ، وهو خمسة أنواع .	١٨
فصل : السلم في اللحم جائز ، ويجب فيه بيان ستة أمور .	٢٠

الموضوع	الصفحة
فصل : فيما يجوز فيه السلم ومالا يجوز .	٢٢
فصل : يشترط في التمر ذكر النوع والبسلة واللون وصفه وكبره وجديداً أو عتيقاً ، وكذا الخطة وسائر الجيوب .	٢٣
فصل : يجوز السلم في اللبن ، ويبين فيه ما يبين في اللحم سوى الأمر الثالث والسادس .	٢٣
فصل : في السلم في الصوف والقطن وشروطها .	٢٤
فصل : في السلم في الأبريسم والفزل والثياب وشروطها .	٢٥
فصل : في السلم في الخشب والحديد وشروطها .	٢٦
فصل : في مسائل منتورة تتعلق بما سبق .	٢٧
فصل : هل يشترط ذكر الجودة والرداءة في السلم فيه .	٢٨
فصل : صفات السلم فيه مشهورة عند الناس وغير مشهورة .	٢٩
فصل : في أداء المسلم فيه والكلام في صفته وزمانه ومكانه .	٢٩
باب القرض .	٣٢
فصل : يحرم كل قرض جر منفعة .	٣٤
فصل : فيما يملك به المقرض قولان متزعمان من كلام الشافعي رضي الله عنه .	٣٥
فصل : أداء القرض في الصفة والمكان والزمان كالسلم فيه .	٣٦
كتاب الرهن وفيه أربعة أبواب .	٣٨
الباب الأول في أركان الرهن ، وهي أربعة .	٣٨
الركن الأول : المرهون ، وله شروط .	
الشرط الأول : كونه عيناً .	

الموضوع	الصفحة
الشرط اثنائي : مختلف فيه ، وهو صلاحية الرهن ثبوت اليد عليه .	٣٩
الشرط الثالث : كون المين قابلة للبيع عند حلول الدين .	٤٠
فصل : في رهن ما يتسارع إليه الفساد .	٤٣
الرهن بالدين مؤجل له ثلاثة أحوال .	٤٣
فصل : في رهن المبد المحارب ورهن المرتد .	٤٤
فرع : رهن الملق عتقه بصفة له صور .	٤٧
فرع : رهن الثمر على الشجر له حالان .	٤٨
فصل : لا يشترط كون المرهون ملك الراهن على المذهب ، وذكر	٥٠
تسعة فروع للرهن والعارية .	
الركن الثاني من أركان الرهن : المرهون به ، وله ثلاثة شروط .	٥٣
فصل : يجوز أن يرهن بالدين الواحد رهنأ بعد رهن ، ثم هو كما	٥٦
لو رهنها ممأ .	
الركن الثالث من أركان الرهن : الصيغة ، فيعتبر الايجاب والقبول	٥٧
اعتبارها في البيع .	
الشرط في الرهن ضربان ، أحدهما : يقتضيه ، والثاني : ينفع الراهن	٥٨
ويضر المرتهن .	
فصل : في رهن الظرف والظروف .	٦١
الركن الرابع من أركان الرهن : العاقدان ، فيعتبر فيها التكليف .	٦٢
فصل : في رهن المكاتب وارتثانه .	٦٤
الباب الثاني في حكم القبض والطوارئ قبله .	٦٥
فصل : في صفة القبض في المقار والمنقول .	٦٥

الموضوع	الصفحة
فصل : في الطوارئ المؤثرة في المقد قبل القبض ، وهي ثلاثة أنواع .	٦٩
فصل : في تخلل الحجر وتخليلها ، وهي نوعان .	٧٢
الباب الثالث : في حكم الرهون بعد القبض ، وفيه ثلاثة أطراف :	٧٤
فصل : للراهن استيفاء المنافع التي لا تضر بالرتن .	٧٩
فصل : اليد على الرهون مستحقة للرتن .	٨٠
فصل : الديون التي على الميت تتعلق بتركته قطعاً ، كتملق الدين بالرهون .	٨٤
فصل : الرتن يستحق بيع الرهون عند الحاجة .	٨٨
فصل : مؤنة الرهن التي يبقى بها ، كنفقة البد وكسوته ، وعلف الدابة ، على الراهن .	٩٣
فصل : الرهن أمانة في يد الرتن .	٩٦
فرع : إذا ادعى الرتن تلف الرهون في يده ، قبل قوله مع يمينه .	٩٧
فصل : ليس للرتن في الرهون إلا حق الاستيثاق ، وهو ممنوع من جميع التصرفات القولية والفعلية ومن الاتفعا .	٩٩
فصل : فيما يتعلق به حق الوثيقة ، وهي متعلقة بين الرهون قطعاً ، وغير المين ضربان :	١٠٠
ينفك الرهن بأسباب .	١٠٤
فرع : يتصور انفكاك بمض الرهون بأحد أمور .	١٠٨
الباب الرابع : في الاختلاف في الرهن ، ويفرض في أمور .	١١٢
فصل : في الاختلاف في قديم عيب الرهون وحدوثه .	١٢٥
كتاب التفليس ، وتريفه لغة وشرعاً .	١٢٧

الموضوع	الصفحة
فصل : يحجر القاضي على الفليس بالتلاس الفرماء الحجر عليه بالديون الحالة الزائدة على قدر ماله ، وله قيود .	١٢٧
فصل : وإذا حجر عليه استحب للحاكم أن يشهد عليه ليحذر الناس معاملته .	١٣٠
فصل : من مات وعليه دين فادعى وارثه ديناً له على رجل ، وأقام شاهداً وحلف معه ، ثبت الحق وجعل في تركته .	١٣٥
فصل : إذا أراد السفر من عليه دين ، فإن كان حالاً ، فلصاحبه منه حتى يقضي حقه .	١٣٦
فصل : إذا ثبت إعسار المديون ، لم يجز جسه ولا ملازمته .	١٣٦
فصل : إذا حجر الحاكم على الفليس ، استحب أن يبادر ببيع ماله وقسمته لثلاث يطول زمن الحجر .	١٤١
فصل : فيما يباع من مال الفليس ، وفيه مسائل .	١٤٤
فصل : من قواعد الباب ، أن الفليس لا يؤمر بتحصيل ما ليس بمحصل ، ولا يمكن تفويت ما هو حاصل .	١٤٦
فصل : إذا قسم الحاكم مال الفليس بين الفرماء ، فهل يتفك الحجر بنفسه ، أم يحتاج إلى فك الحاكم ؟	١٤٧
فصل : حق الرجوع إنما يثبت بشروط ، ولا يختص بالبيع ، بل يجري في غيره من المعاديات .	١٤٨
فرع في إفلاس المستأجر والمؤجر .	١٥١

الموضوع	الصفحة
القسم الأول : المستأجر ، والاجارة نوعان ، أحدهما : إجارة عين .	١٥١
القسم الثاني : في إفلاس المؤجر في إجارة العين أو الذمة .	١٥٣
فرع : لو أغلى الزيت المبيع حتى ذهب بعضه ثم أفلس ، فالذهب أنه كتلف بعض المبيع .	١٥٨
التغير بالزيادة نوعان ، والزيادات الحاصلة ، لا من خارج ، ثلاثة .	١٥٩
أضرب .	
فصل : متى رجح البائع في الشجر وبقيت الثمار للمفلس ، فليس له قطعها ، بل عليه إبقاؤها إلى الجداد .	١٦٥
النوع الثاني : من الزيادات ، ما التحق بالمبيع من خارج .	١٦٧
فرع : اشترى الأرض من رجل ، والفراس من آخر ، وغرسه فيها ، ثم أفلس ، فلكل الرجوع إلى عين ماله .	١٦٨
فصل : لو أخفى المدينون بمض ماله ، ونقص الموجود عن دينه ...	١٧٥
كتاب المحجور ، وهو نوعان .	١٧٧
فصل : فيما يزول به حجر الصبي .	١٧٧
فصل : إن بلغ الصبي غير رشيد لاختلال صلاح الدين ، أو المال ، بقي محجوراً عليه ولم يدفع إليه المال .	١٨١
فصل : فيما يصح من تصرفات المحجور عليه بالسفه ، وما لا يصح .	١٨٣
وفيه مسائل .	
فصل : فيمن يلي أمر الصبي والمجنون ، وكيف يتصرف .	١٨٧
كتاب الصلح ، وفيه ثلاثة أبواب .	١٩٣
الصلح يخالف البيع في صور .	١٩٤

الموضوع	الصفحة
الصلح عن الدين صنفان . صلح المعاوضة ، و صلح الخطيئة .	١٩٥
الصلح الجاري بين المدعي وأجنبي ، له حالان .	١٩٩
سبع مسائل متعلقة بالباب .	٢٠٢
الباب الثاني في التزام على الحقوق ، وفيه فصول .	٢٠٤
الطريق الذي لا ينفذ ، كالسكة ، والكلام فيها في ثلاثة أمور .	٢٠٦
الفصل الثاني في الجدار بين المالكين وهو قسمان .	٢١١
القسم الأول في الملك المختص .	٢١٣
القسم الثاني : الملك المشترك والكلام فيه في ثلاثة أمور .	٢١٣
الفصل الثالث في السقف .	٢١٩
فصل : من احتاج إلى إجراء ماء المطر من سطحه على سطح غيره ،	٢٢١
لم يكن له إجبار صاحب السطح .	
الباب الثالث في التنازع ، وفيه مسائل .	٢٢٣
كتاب الحوالة وشروطها .	٢٢٨
الشرط الأول من شروط الحوالة : الرضى .	٢٢٨
الشرط الثاني: أن يكون ديناً لازماً ، والدين ضربان ، وفيه مسائل .	٢٢٩
فصل : الحوالة إذا جرت بشروطها برىء المحيل من دين المحتال ،	٢٣١
وتحول الحق إلى ذمة المحال إليه .	
فصل : في بطلان الحوالة بالعيب وفيها طرق .	٢٣٣
فصل : إذا كان لزيد عليك مائة ، ولك على عمرو مائة ، فوجد	٢٣٦
زيد منك ما يجوز له قبض ما لك على عمرو ، فله صورتان .	
فصل : في مسائل مثورة .	٢٣٨

الموضوع	الصفحة
كتاب الضمان ، وفيه بابان .	٢٤٠
الباب الأول من أركان الضمان ، وهي خمسة .	٢٤٠
الركن الأول من أركان الضمان : المضمون عنه .	٢٤٠
الركن الثاني : المضمون له .	٢٤٠
الركن الثالث : الضامن ، وشرطه : صحة العبارة ، وأهلية التبرع .	٢٤١
الركن الرابع : الحق المضمون ، وشرطه ثلاث صفات .	٢٤٤
الصفة الأولى : الثبوت ، وفيها مسائل .	٢٤٤
فرع : في مسائل تتعلق بضمان الدرك .	٢٤٧
الصفة الثانية : الزوم ، والديون الثابتة ضربان .	٢٤٩
الصفة الثالثة : العلم ، وفيه صور .	٢٥٠
فصل في كفالة البدن ، وتسمى كفالة الوجه .	٢٥٣
فصل في ضمان الأعيان .	٢٥٥
فرع في مسائل من الكفالة .	٢٥٦
الركن الخامس من أركان الكفالة : الصيغة ، وفيه مسائل .	٢٦٠
فرع في مسائل تتعلق بالباب .	٢٦٣
الباب الثاني فيما يترتب على الضمان الصحيح من الأحكام ، وهي ثلاثة .	٢٦٤
فصل في كيفية الرجوع .	٢٦٧
فرع في مسائل تتعلق بالرجوع .	٢٦٨
فصل في الضمان في مرض الموت .	٢٧٢
كتاب الشركة ، والشركة أربعة أنواع .	٢٧٥
النوع الأول من الشركة شركة المنان ولها ثلاثة أركان .	٢٧٥

الموضوع	الصفحة
النوع الثاني : شركة الأبدان .	٢٧٩
النوع الثالث : شركة المفاوضة .	٢٧٩
النوع الرابع : شركة الوجوه ، وقد فترت بصور .	٢٨٠
فرع في مسائل تتعلق بما سبق ، وهي منصوطة في البويطي .	٢٨٠
فصل في حكم الشركة الصحيحة .	٢٨٢
كتاب الوكالة ، وفيه ثلاثة أبواب .	٢٩١
الباب الأول في أركانها ، وهي أربعة .	٢٩١
الركن الأول من أركان الوكالة : ما فيه التوكيل ، وله شروط .	٢٩١
فرع في التوكيل في تملك المباحات .	٢٩٢
فرع في صورة التوكيل بالاقرار .	٢٩٣
الوكالة الخاصة فيها أربع صور .	٢٩٥
الركن الثاني من أركان الوكالة : الموكل .	٢٩٨
الركن الثالث : الوكيل .	٢٩٩
فرع : يصح توكيل المرأة في طلاق غيرها على الأصح .	٣٠٠
الركن الرابع : الصيغة ، وفيه مسائل .	٣٠١
الباب الثاني : في أحكام الوكالة الصحيحة ، وهي أربعة وتوضيحه بأربع صور تعرف بها أخواتها .	٣٠٣
الصورة الأولى : وكله في بيع شيء وأطلق .	٣٠٤
الصورة الثانية : في قبض الثمن وإقباض المبيع .	٣٠٧
الصورة الثالثة : في شرائه المبيع ، فلو وكيل بالشراء حالان .	٣٠٩
الصورة الرابعة : في توكيل الوكيل ، وله أحوال .	٣١٣

الموضوع	الصفحة
الصورة الخامسة : في امتثال تقييد الموكل . والصور المذكورة من أول الباب إلى هنا مفروضة في التوكيل المطلق ، ومن هنا إلى آخر الباب في التوكيل المقرون بتقييد ، وفيه مسائل .	٣١٤
الصورة السادسة : في الوكالة في الخصومة ، وفيها مسائل .	٣٢٠
الصورة السابعة : وكله في الصلح عن الدم على خمر ، ففعل ، حصل العفو ووجبت الدية ، كما لو فعله الموكل بنفسه .	٣٢٣
الصورة الثامنة : في مخالفته أمر الموكل .	٣٢٣
فصل في حكم البيع والشراء المخالفين أمر الموكل .	٣٢٤
لوكالة حكم الامانة .	٣٢٥
حكم المهدة ، وفيه مسائل .	٣٢٦
حكم الجواز من الجانبين ، ولكل واحد منها العزل ، وللاارتفاع أسباب .	٣٣٠
فصل في مسائل مثورة ، وهي عشرون مسألة متعلقة بباب الوكالة ومن مسائل هذا الباب فروع أربعة .	٣٣٢
الباب الثاني في الاختلاف ، وهو ثلاثة أضرب .	٣٣٨
فصل : دفع إليه مالاً ، وكله بقضاء دينه به ، ثم قال الوكيل : قضيت به ، وأنكر رب الدين ، صدق رب الدين بيمينه .	٣٤٤
فصل : إذا كان عليه دين لزيد ، أو عين في يده ، فقال رجل : أنا وكيله بالقبض منك فأقبضنيه ، فله حالان .	٣٤٥
فصل : إذا ادعى رجل أنه دفع إليه متاعاً ليبيعه ويقبض ثمنه ، وطالبه برده ، فأنكر ، نظر في صيغة ججوده .	٣٤٧
كتاب الاقوار ، وفيه أربعة أبواب .	٣٤٩

الموضوع	الصفحة
الباب الأول في أركانه ، وهي أربعة .	٣٤٩
الركن الأول من أركان الاقرار : المقر ، وهو مطلق ، ومحجور عليه .	٣٤٩
فصل : ومن المحجور عليه الرقيق ، والذي يقر به ضربان ، ما يوجب عقوبته ، وما لا يوجب عقوبته .	٣٥٠
فصل : ومن المحجور عليهم ، المريض مرض الموت ، وفيه مسائل .	٣٥٣
فرع : يشترط في صحة الاقرار الاختيار ، فاقرار المكره باطل كسائر تصرفاته .	٣٥٥
الركن الثاني من أركان الاقرار : المقر له ، وله ثلاثة شروط .	٣٥٦
الشرط الأول : أهلية استحقاق المقر به .	٣٥٦
الشرط الثاني : عدم تكذيب المقر له .	٣٥٨
الشرط الثالث : أن يكون الاقرار معيناً نوع تعيين .	٣٦٠
الركن الثالث من أركان الاقرار : المقر به .	٣٦٠
فرع : استثنى صاحب « التلخيص » ثلاثة ديون منع الاقرار بها ، الصداق في ذمة الزوج لا يقر به ، وبديل الخلع في ذمة الزوجة لا يقر به الزوج ، وأرض الجناية لا يقر به المجني عليه .	٣٦١
فصل : يشترط في الحكم بقبول ملك المقر له ، أن يكون المقر به تحت يد المقر وتصرفه . ولاقراره صيغتان .	٣٦٢
الركن الرابع من أركان الاقرار : الصيغة ، وفيه اثنتا عشرة مسألة .	٣٦٥
الباب الثاني في الاقرار بالجملة ، والفاظ الباب سبعة أضرب .	٣٧١
الضرب الأول : لفظة « شيء » ، فاذا قال : له علي شيء ، طلبنا تفسيره .	٣٧١

الموضوع	الصفحة
فصل : إذا أقر بمجمل ، إما شيء ، وإما غيره ، فامتنع ، فأربعة أوجه .	٣٧٢
الضرب الثاني : لفظة « مال » ، فإذا قال : له عليّ مال ، قبل تفسيره بأقل ما يتمول ، ولا يقبل بما ليس بمال .	٣٧٤
الضرب الثالث : لفظة « كذا » ، فإذا قال : لزبد عليّ كذا ، فهو كقوله : له شيء .	٣٧٦
الضرب الرابع : لفظة « درهم » ، ودرهم الاسلام المعتبر بها نصاب الزكاة والديات وغيرها ، كل عشرة منها سبعة مثاقيل ، وكل درهم ستة دوانق .	٣٧٨
فرع : الدرهم عند الاطلاق إنما يستعمل في النقرة .	٣٧٩
فصل : قال : عليّ من درهم إلى عشرة ، لزمه تسعة على الاصح ، وقيل : عشرة ، وقيل : ثمانية .	٣٨٠
الضرب الخامس : الظرف ، والاصل في هذا ، أن الاقرار بالظرف ، ليس إقراراً بالظروف ، وكذا عكسه ، ودليله : البناء على اليقين .	٣٨١
فصل : لو قال : لفلان في هذا العبد ألف درهم ، فهذا مجمل ، فيسأل ماذا أراد ؟	٣٨٣
الضرب السادس : التأكيد والمطف ونحوهما ، وفيه مسائل .	٣٨٦
فصل في مسائل منثورة في هذا الباب من الاقرار .	٣٩١
فصل : المقر به المجهول قد يعرف بغير تفسير المقر بأن يحيله على معرف ، وهو ضربان ، ولمعرفته طرق .	٣٩٣
الباب الثالث : في تعقيب الاقرار بما يفيده ، وفيه اثنتا عشرة مسألة .	٣٩٥
فصل : في الاستثناء في الاقرار .	٤٠٤

الموضوع	الصفحة
فرع : الاستثناء من الاثبات فني ، ومن النفي إثبات .	٤٠٤
فرع : إذا أتى باستثناء بعد استثناء ، والثاني مستغرق .، صح الأول ، وبطل الثاني .	٤٠٥
فرع : الاستثناء من غير الجنس صحيح .	٤٠٧
فرع : يصح استثناء الجمل من الجمل ، والجمل من الفصل ، وبالعكس .	٤٠٧
فرع : الاستثناء من المعين صحيح .	٤٠٨
فصل : في مسائل تتعلق بالاقرار وإن كان بعضها أجنياً .	٤٠٩
الباب الرابع في الاقرار بالنسب .	٤١٤
فصل : له جارية ذات ولد ، فقال : هذا ولدي من هذه الجارية ، ثبت نسبه عند الامكان ، وفي كون الجارية أم ولد قولان .	٤١٦
فرع : له أمتان ، لكل واحدة ولد ، فقال : أحدهما ولدي ، فلاأمتين أحوال .	٤١٧
فرع : حيث ثبت الاستيلاد ، فالولد حر الأصل ، ولا ولاء عليه .	٤١٨
فرع : في ميراث المقر به ، وأحواله .	٤٢٣
كتاب العاوية ، وله بابان .	٤٢٦
الباب الأول : في أركانها ، وهي أربعة .	٤٢٦
الركن الأول : المير .	٤٢٦
الركن الثاني : المستمير وشروطه .	٤٢٦
الركن الثالث : المستمار ، وله شرطان .	٤٢٦
الركن الرابع : الصينة ، واللفظ المتمد به في الباب ، ما يدل على الاذن في الاتضاع .	٤٢٩

الموضوع	الصفحة
الباب الثاني من أبواب العارية : في أحكامها ، وهي ثلاثة .	٤٣١
الحكم الأول : الضمان ، فإذا تلفت العين في يد المستعير ، ضمنها ، سواء تلفت بآفة سماوية ، أم بفعله ، بتقصير ، أم بلا تقصير .	٤٣١
فرع : مؤنة الرد على المستعير .	٤٣٢
فرع : إذا استعار العين المفصولة من الفاصب ، وتلفت في يده ، غرم المالك من شاء منها قيمته يوم التلف ، وقرار الضمان على المستعير .	٤٣٢
الحكم الثاني من أحكام العارية : تسلط المستعير على الانتفاع بحسب إذن المير ، وفيه ثلاث مسائل .	٤٣٥
الحكم الثالث من أحكام العارية : الجواز ، فللمعير الرجوع متى شاء ، وللمستعير الرد متى شاء ، سواء العارية المطلقة والمؤقتة ، إلا في صورتين .	٤٣٦
فصل : إعارة الأرض للبناء أو الفراس ضربان ، مطلقة لم يبين لها مدة ، ومقيدة بمدة .	٤٣٧
الاعارة المطلقة ، وللمستعير فيها أن يبني ويفرس ما لم يرجع المعير .	٤٣٧
الاعارة المقيدة ، وللمستعير البناء والفراس في المدة ، إلا أن يرجع المعير .	٤٣٩
فصل : في إعارة الأرض للزرع ، وحكم الرجوع قبل إدراك الزرع .	٤٤٠
فصل : إذا حمل السيل حبات أو نوى لغيره إلى أرضه ، لزمه ردها إلى مالكها إن غرمه ، وإلا فيدفعها إلى القاضي ، ولو نبتت في أرضه ، فوجهان .	٤٤١
فصل في الاختلاف في العارية ، وفيه مسائل .	٤٤٢
المسألة الأولى ، قال راكب الدابة للمالك : أعرتنيها ، فقال : بل لم أجرتكها مدة كذا بكذا ، فتارة يختلفان والدار باقية ، وتارة يختلفان والدار تالفة .	٤٤٢

الموضوع	الصفحة
الحال الأول : إذا اختلفا والدار باقية ، وله ضربان .	٤٤٢
الضرب الأول : أن يختلفا بمد مضي مدة لثلاثها أجرة .	٤٤٢
الضرب الثاني : أن يقع الاختلاف قبل مضي مدة لها أجرة .	٤٤٣
الحال الثاني : إذا اختلفا والدار قالفة .	٤٤٣
المسألة الثانية من من مسائل الاختلاف في المارية : قال المتصرف :	٤٤٣
أعرتي هذه الدابة أو هذه الأرض ، فقال المالك : بل غصبتنيها .	
المسألة الثالثة من مسائل الاختلاف في المارية : قال المالك : غصبتنيها ،	٤٤٤
وقال المتصرف : بل أجرتي ، فالذهب أنه إن كانت العين باقية	
ولم تمض مدة لها أجرة ، فالصدق للمالك .	
مثال المسألة الرابعة من مسائل الاختلاف في المارية .	٤٤٥
المسألة الخامسة : قال الراكب : أكرمتنيها ، وقال المالك : بل أعرتكها	٤٤٥
والدابة باقية ، فالقول قول المالك في بقي الاجارة .	
الرد الواجب والمبرى .	٤٤٦
الفهرس .	٤٤٧